

IV. SITUACIONES INTERMEDIAS Y DUDOSAS RELATIVAS A LAS PARTES:	278
<i>A) Partes en sentido propio:</i>	284
a) Parte juzgadora;	284
b) Parte imparcial;	285
c) Parte de composición efectiva o aparentemente compleja:	287
1º) Litisconsorcio;	288
2º) Tercerías;	288
3º) Sustitución;	289
4º) Gestión judicial;	289
5º) Pluralidad procesal penal;	289
6º) Mediatisación de la voluntad de parte;	291
d) Parte que penetra en el área del juzgador	292
<i>B) Partes en sentido impropio:</i>	294
a) Sujetos de los procedimientos preliminares;	294
b) Participantes en negocios de jurisdicción voluntaria;	295
c) Partes no legitimadas;	295
d) Partes coludidas;	296
e) Sujetos del proceso penal:	297
1º) Durante la instrucción;	297
2º) Durante la ejecución.	300
V. SITUACIÓN DE LOS ÓRGANOS PARAJUDICIALES	301
VI. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO	303
VII. CONCLUSIÓN	309
<i>Addenda et Corrigenda</i>	310

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

Creación jurídica legislativa
+ Creación jurídica judicial

= *Sentencia*

Tesis negativa

Creación jurídica legislativa
+ Aplicación jurídica judicial

= *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.¹⁶⁶ 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, Cornelutti cuando presenta las primeras como los sujetos de la *acción* y al segundo como el sujeto del *juicio*.¹⁶⁷ 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".¹⁶⁸ No es posible, en cambio, identificar por completo *partes y litigantes*, porque si bien ambas cualidades coinciden como regla

¹⁶⁶ Cfr. su *Derecho procesal civil*, p. 191.

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

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

en lo civil, no sucede otro tanto en lo penal, donde el ministerio público, acusador normal, sería ajeno al litigio, de atribuir a éste en el enjuiciamiento criminal el sentido iusprivativista que al principio le asignó Carnelutti,¹⁶⁹ y lo mismo tendríamos que afirmar, en el primero de los campos citados, respecto de la sustitución procesal (*infra*, núm. 50).¹⁷⁰ Con todo, dilatada la noción carneluttiana de litigio, cabría sostener, en líneas generales, que quienes actúan en el proceso lo hacen a título de *partes litigantes*, mientras que quienes intervienen en la esfera notarial o registral son, sencillamente, *partes contratantes*, que proceden *inter volentes*, como en la jurisdicción *voluntaria*, a diferencia de aquéllas, que por moverse en la jurisdicción *contenciosa* obran *inter nolentes*.

41) ¿Cuántas *posiciones de parte* existen? El Conde de la Cañada, en las penetrantes páginas de su obra consagrada a la tercería,¹⁷¹ parece admitir tres, siempre que la misma entre en juego: “el actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales del juicio, al cual si viene otro litigante, componen el número de tres, y el último recibe con propiedad el nombre de tercero”.¹⁷² Sin embargo, “sigo creyendo, con Hellwig, acaso el tratadista que con mayor acierto ha indagado los problemas atinentes a las partes, que en el proceso no hay ni menos¹⁷³ ni más de dos posiciones de parte,¹⁷⁴ so pena, añadimos, de con-

¹⁶⁹ El concepto de litigio penal, esbozado por nuestro autor en diversos artículos publicados en la «Riv. Dir. Proc. Civ.» por los años 1927 a 1930, principalmente en *Lite e funzione processuale* (rev. cit., 1928, I, p. 31), se recoge en el *Sistema* (núm. 79, j) en los siguientes términos: si «el delito es la violación de una obligación, no puede existir duda de que el fondo del proceso penal está constituido por el conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada». Para la crítica de dicha noción, cfr. PAOLI, *La nozione di lite nel processo penale* (en rev. cit., 1930, I, pp. 63-74), y ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso autocomposición*, pp. 15-17.

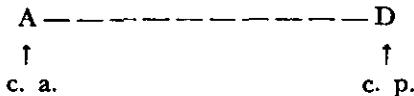
¹⁷⁰ Agreguemos los numerosos casos en que actúan partes carentes de legitimación: véase *infra*, núm. 58.

¹⁷¹ Término cuya italianización («tercería») propone CARNELUTTI: véase su reseña del *Tratado de la tercería* de PODETTI (Buenos Aires, 1949), en «Riv. Dir. Proc.», 1950, I, pp. 90-1.

¹⁷² *Instituciones prácticas*, cit., p. 361. En el cód. proced. civ. de Venezuela hay un artículo, el 397, que por la forma de expresarse parece marchar en la misma dirección que CAÑADA: «Si hubiere más de dos partes», empieza diciendo; pero si proseguimos su lectura («las que tuvieren derecho semejante formarán el grupo», etc.) comprobaremos que, en realidad, lo que contempla es un caso de litisconsorcio, en el cual, aun suponiéndolo doble (activo y pasivo), no existen más que dos posiciones de parte: atacante y atacada.

¹⁷³ En materia penal se conoció (proceso inquisitivo puro: cfr. *supra*, núm. 8), y subsiste aún respecto de contravenciones o faltas en algunos países (verbigracia, enjuiciamiento ante el pretor italiano: art. 74 cód. proc. pen. de 1930), el llamado *proceso con una sola parte*, cuando las funciones de acusador y de juzgador convergen en un mismo titular; pero aun en tales casos, cabe diferenciar, ya que no tres personas físicas distintas, sí, desde luego, tres posiciones procesales diversas, aunque dos de ellas separadas tan sólo por un desdoblamiento psicológico más fácil de trazar sobre el papel que de realizar en la práctica.

fundir esta noción con la de persona o sujeto. En el litisconsorcio, inclusive en el doble o mixto, no hay más que dos partes, aunque una de ellas, o ambas, se componga de varias personas, físicas o jurídicas —*A* (1-2-3-4...) *versus D* (1-2-3-4...)— y, por consiguiente, no cabe reputarle a él (la suma) ni a los litisconsortes (los sumandos), como terceros, sino como primeros o como segundos, o mejor dicho: como parte atacante o atacada, y con mayor motivo en la hipótesis de litisconsorcio necesario. Otro tanto sucede con la sustitución, en la que media separación entre el sujeto de la relación jurídica material y el de la procesal, o, según mi parecer, entre sujeto del litigio (el sustituido) y sujeto del proceso (el sustituto o sustituyente),¹⁷⁵ pero en que tampoco hay más de dos posiciones de parte, ya que sustituido y sustituto ocupan una sola, es decir, se alinean en el mismo lado. Y menos todavía puede presentarse como tercería la sucesión procesal: el sucesor es un *Primus* o un *Secundus bis* (o *ter*, etc.), pero en manera alguna un *Tertius*. Más aún: ni siquiera la tercería coadyuvante (adhesiva o accesoria) supone derogación a la regla de las dos posiciones de parte, precisamente por el plano de subordinación o secundariedad en que el tercerista se mueve,¹⁷⁶ sea simple o doble, de acuerdo con la siguiente representación:



(en la que *A* significa actor; *D*, demandado; *c. a.*, coadyuvante activo, *c. p.*, idem pasivo). En realidad, verdadera tercería lo es sólo la principal o excluyente,¹⁷⁷ ya sea espontánea (intervención) o provocada (llamamiento),¹⁷⁸ y aun ella tampoco pugna con el principio de las dos posiciones de parte, puesto que su deducción se traduce en una nueva relación jurídica procesal, en la que el tercerista actúa de parte atacante (o sea como *Primus*) frente a las partes del pro-

[Procesos con una sola parte podrían reputarse también, *prima facie*, aquellos en que falta o se pospone el contradictorio: véanse *supra*, nota 24 e *infra*, nota 189].

¹⁷⁴ Cfr. HELLWIG, *Lehrbuch* cit., vol. II, pp. 296-7.

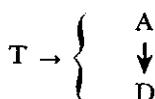
¹⁷⁵ Es decir, de la *instanciación* éste y de la *pretensión* aquél, de acuerdo con nuestro criterio: cfr. *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 29.

¹⁷⁶ Cfr., verbigracia, el art. 656 cód. proc. civ. mexicano del Distrito, aun cuando en él la figura del coadyuvante no esté bien delineada; y acaso por no haberla sabido deslindar con precisión de la del litisconsorte (cfr. arts. 53-54), se le reconocen facultades refiriadas con su verdadera condición procesal (me refiero a la frac. III e inclusive a la IV, al no establecer restricciones al uso de la vía impugnativa por el tercerista adhesivo).

¹⁷⁷ Como la denominan los arts. 659-665, 667 y 671 cód. proc. civ. Distrito en México.

¹⁷⁸ La tercería-llamamiento puede ser coadyuvante o no, y en otro sentido, obedecer a requerimiento de alguna de las partes del proceso inicial (cfr. v. gr., art. 657 cód. Dist.) o bien a notificación del juzgador (cfr. arts. 476 y 566-8 cód. cit.).

ceso primitivo, quienes quedan respecto de él como demandadas o atacadas,¹⁷⁹ es decir, como *Secundus*: hay tres partes, pero en virtud de la asociación de dos procesos (inicial y de tercería), a saber:



(figura en la que *A*, atacante en el proceso que promovió a *D*, pasa a ser atacado en el que respecto de él y de *D* suscita *T*).¹⁸⁰

42) Determinadas las dos posiciones de parte que todo proceso requiere, veamos ahora si ambas se encuentran colocadas al *mismo nivel*, o sea en qué medida se realiza el decantado principio de igualdad entre ellas, proclamado inclusive por el legislador en ocasiones¹⁸¹ y que cuenta con lejanos antecedentes. En efecto, ya en el *Liber Iudiciorum* (654) se advierte la preocupación por neutralizar las repercusiones que sobre el proceso puedan ejercer las diferencias de jerarquía o de fortuna, en pleitos concernientes al rey o a los obispos (que tanto gravitaban en un Estado teocrático, como el visigodo de la época) o en que se enfrentasen ricos y pobres.¹⁸² Posteriormente, en un texto tan característicamente representativo del derecho germánico, como el *Fuero de Cuenca* (1189), la hoy metafóricamente llamada *igualdad de armas* entre las partes, tuvo pleno y material reconocimiento en el examen a que se sometían las que hubiesen de utilizar los contendientes en el duelo judicial, tanto si se efectuaba a caballo como a pie.¹⁸³

¹⁷⁹ Cfr. arts. 1539 (sustanciación conjunta de la tercería con el ejecutante y el ejecutado; contestación de la demanda por ambos) y 1541 (allanamiento de las partes primitivas a la demanda del tercerista) de la l. de enjto. civ. española de 1881, así como el art. 667 cód. Distrito mexicano (allanamiento).

¹⁸⁰ Desde la llamada de la nota 172 hasta la presente, nos hemos limitado a reproducir literalmente (salvo insignificantes cambios en las notas 173 y 175) lo que dijimos en la reseña del citado libro de PODETTI (*supra*, nota 171), en «Rev. Esc. Nac. Jurisp.», 1949, núm. 44, pp. 160-1.

¹⁸¹ Así, en cierto modo, por el art. 21 cód. proced. civ. de Venezuela, cuando afirma que «los tribunales mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades». En análogo sentido, el art. 5 del Proyecto uruguayo de COUTURE, el 5, frac. VI, del Anteproyecto mexicano de 1948 (3, frac. VI, en el proyecto de 1950), el 13 del anteproyecto cubano de Montagú (17 en el proyecto Montagú-Gorrín).

¹⁸² Véanse, respectivamente, libro II, título III, ley 1º, y título II, ley 9º.

¹⁸³ Cfr. nuestro artículo *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca* (en parte publicado en los «*Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*», vol. II —Padova, 1950—, pp. 73-95), en «Rev. Esc. Nac. Jurisp.», 1950, núm. 47-48, pp. 334-5: ahora, *infra*, *Estudio Número 23*.

¿Cuál es el alcance de esa igualdad? Por de pronto, pese al recordado propósito de *Liber Iudiciorum*, no se trata de *igualdad económica*. En este sentido, lo único que el legislador puede hacer es implantar la justicia gratuita¹⁸⁴ o bien asegurar al litigante pobre, en una u otra forma, el uso de un patrocinio forense no remunerado.¹⁸⁵ Tampoco consiste en asegurar a ambas partes la *igualdad técnica* en la conducción del proceso, de tal modo que si, por ejemplo, el actor eligió para su defensa a un abogado eminente o a un perito de gran prestigio, haya que proporcionarle otros de igual talla al demandado, y de no haberlos, obligar al primero a prescindir de sus servicios y valerse de los de unos tan mediocres y aun torpes como los de su adversario (suponiendo que cupiese practicar sin graves riesgos y sorpresas esas mediciones intelectuales y morales). Entonces, la igualdad o bilateralidad, como también se la denomina, se reduce a brindar a ambas partes las *mismas oportunidades jurídicas de ofrecer y de pedir* a todo lo largo del proceso,¹⁸⁶ sin que implique derecho a *obtener*, que dependerá del fundamento de las pretensiones deducidas o, más exactamente, de la calificación que de ellas haga el juez. Aun así, los límites del principio fluctan según la índole del proceso o de la fase suya que entre en juego. Cuando se arranca de una presunción de buena fe en el demandado, como acontece en la etapa de conocimiento de los juicios civiles declarativos, entonces el principio alcanza su máxima amplitud y el contradictorio se realiza de lleno;¹⁸⁷ cuando, en cambio,

¹⁸⁴ Bien para todos, como por un momento se pensó en las Constituyentes españolas de 1931, bien solo respecto de «los litigantes económicamente necesitados», según la fórmula que en definitiva prevaleció art. 94, párr. 2º, Const.), merced a la oposición socialista, que adujo (con razón desde su ángulo ideológico) que en un Estado burgués la primera solución sólo favorecería a los ricos, quienes dejarían de pagar lo que hoy satisfacen por gastos judiciales (cfr. nuestros «Ensayos», pp. 584-5).

¹⁸⁵ Ya funcione mediante *defensorías de oficio*, como en Argentina (cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 520-2) o México (cfr. reglamento de 7-V-1940), bien a través de los *colegios de abogados*, cual en España (sistema que, a juzgar por su rendimiento, reputamos muy superior al de los mencionados países hispanoamericanos), bien intervenga en su concesión un órgano especial, como la *comisión del patrocinio gratuito* en Italia (ley de 30-XII-1923), o conforme a cualquier otro expediente.

¹⁸⁶ Demandar y contestar (más replicar y duplicar, en enjuiciamientos como el español y el mexicano); ofrecer pruebas de acuerdo con las reglas distributivas sobre carga de la misma; designar peritos, donde rija la pericia de parte, o árbitros en igual número o en virtud de concierto; informar, por escrito o de palabra, en la etapa conclusiva; recurrir, en atención al gravamen sufrido; recusar, con o sin causa, según los países; etc. Ese equilibrio se altera profundamente, como es natural, al penetrarse en la ejecución de sentencia; e incluso se rompe a veces en la fase de conocimiento: así, salvo en caso de incompetencia sobrevenida, la promoción de las correspondientes cuestiones (mediante inhibitoria o declinatoria) correrá por cuenta del demandado (cfr. v. gr., arts. 153, frs. I-II, 154, fr. II, y 262 cód. proc. civ. D. F.). Véanse, además, *supra*, nota 24 e *infra*, nota 189.

¹⁸⁷ Y es entonces cuando puede operar la simple defensa negativa, basada en el aforismo *actore non probante, reus est absolvendus*.

media una presunción de culpabilidad, como ocurre en la instrucción penal¹⁸⁸ o en el juicio ejecutivo civil, donde frente al deudor se alza la *acusación* —permítasenos llamarle así— representada por el correspondiente título, entonces el principio se restringe y el contradictorio se pospone;¹⁸⁹ y con mayor motivo *debería* reducirse a mínima expresión al penetrarse en la ejecución de sentencia, que presupone la definición jurisdiccional del litigio y, por tanto, el cese de la situación de incertidumbre hasta ella existente; pero no siempre sucede de ese modo.¹⁹⁰ Además, el contradictorio, como exponente más característico, aunque no único, de la igualdad, se halla sujeto a crisis o derogaciones que mediante nota señalamos.¹⁹¹

43) Con las indicaciones que preceden, podemos considerar centrado el concepto de parte y descender al señalamiento de las situaciones intermedias y dudosas que en torno a dicha noción se manifiestan. Y así como al ocuparnos del juzgador contrapusimos quiénes lo eran en sentido *funcional*, a quiénes sólo cabía reputar tales desde el punto de vista *orgánico*, así también ahora nos valdremos de dos rúbricas de carácter genérico: *partes en sentido propio*, la primera, y *partes en sentido impropio*, la segunda, las cuales, siempre que sea posible, serán desenvueltas en forma paralela a aquellas otras.

¹⁸⁸ Especialmente a partir del momento en que se decreta el procesamiento, que ha de asentarse en «índicio racional de criminalidad contra determinada persona», como se lee en el fundamental art. 384 de la ley de enjto. crim. española (véase *infra*, núm. 61). Y esa sospecha de criminalidad es, probablemente, uno de los factores que origina, a su vez, el carácter secreto de la instrucción en diferentes cuerpos legales: cfr., por ejemplo, el art. 301 del español o el 307 del italiano.

¹⁸⁹ Cfr., v. gr., los arts. 1461 y 1550 de la ley de enjto. civ. española y 453 del cód. proc. civ. mexicano del D. F. Posposición análoga hallamos a propósito de la adopción de medidas cautelares (cfr. arts. 1416 l. esp. y 246 cód. mex. cts.), que incluso podrían derivar de títulos ejecutivos (art. 1401 l. esp. y 244 cód. mex. cts.).

¹⁹⁰ Aludimos a los paréntesis de conocimiento que pueden abrirse durante la ejecución civil en estricto sentido: véanse, por ejemplo, los arts. 928-46 l. enjto. civ. española (procedimiento, inclusive con apelación, para la liquidación) y 515-6 (incidente liquidatorio), 521 (objeciones a la rendición de cuentas), 523 (objeciones en la condena a la división de la cosa común) y 531 (excepciones en ejecución de sentencia), todos del cód. proc. civ. mexicano del D. F. En cuanto a los paréntesis de conocimiento con motivo de la ejecución penal, véase *supra*, nota 145.

¹⁹¹ A saber: a) *cesación* (en virtud de autocomposición o inactividad); b) *ausencia* (en juicios como el contumacial, el truncado —véase *supra*, nota 106— o en la oblación voluntaria); c) *posposición* (cual en el monitorio, en el ejecutivo, el embargo preventivo y alguna otra medida cautelar); d) *restricción* (en cuanto a excepciones, como en el ejecutivo civil español y en el mercantil mexicano). A los supuestos anteriores todavía habría que añadir la instrucción penal en los países que la coloquen bajo el signo del secreto: véase *supra*, nota 188.

A) *Partes en sentido propio.—a) Parte juzgadora*

44) Constituye, dicho se está, el reverso del *juzgador-parte* y representa la derogación de la máxima conforme a la cual nadie puede ser parte y juez en causa propia. Por parte juzgadora entendemos la o las que deciden (puesto que la resolución puede ser unilateral o bilateral) por sí y ante sí el litigio que les atañe, bien mediante reconocimiento de la *propia sinrazón* —o, lo que es lo mismo: de la *razón ajena*—, bien, a la inversa, mediante *prevalecimiento* del propio interés y correlativa *supeditación* del ajeno. En la primera hipótesis, estamos en el campo de la *autocomposición* y en la segunda en el de la *autodefensa* o *autotutela*. Que esos resultados se homologuen luego (y no siempre) por un juez o tribunal, no destruye en manera alguna el papel de parte-juzgadora desempeñado por quien al condenar su conducta o la de su adversario, vincula al órgano jurisdiccional con la actitud asumida, en cuanto ella responda a cualquiera de las figuras de autocomposición o de autodefensa consentidas por el legislador. Pero como los mencionados conceptos fueron analizados por nosotros con la indispensable extensión en libro publicado hace años, a él nos remitimos;¹⁹² aunque no cerraremos este epígrafe sin algunas consideraciones complementarias. La primera consiste en que la diferencia esencial entre autocomposición y autodefensa estriba, a nuestro entender, en que aquélla aporta una solución *parcial* y *altruista* del litigio, porque sacrifica el interés propio en aras del ajeno, mientras que ésta se traduce en solución también *parcial*, pero *egoista*, ya que opera en dirección contraria.¹⁹³ Por lo demás, ambas pueden ser unilaterales o bilaterales y, a su vez, la autocomposición, *pre*, *intra* o *post-procesal*.¹⁹⁴ La segunda indicación es la de que en el cuadro de la autotutela existe una modalidad que se halla libre de parcialidad y de egoísmo: aludimos a la legítima defensa del tercero, que “cuando se ejerce en provecho de persona desvinculada de su ocasional defensor”, se aproxima sobremanera al proceso esquemáticamente contemplado, o sea como decisión de un litigio por obra de un tercero distinto de las partes, porque no sólo es justa y altruista, sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusables, hasta el extremo de que abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente”.¹⁹⁵ La tercera advertencia tiene por objeto destacar que como parte juzgadora se comporta también en ocasiones el minis-

¹⁹² Aludimos al volumen *Proceso, autocomposición y autodefensa*, repetidamente citado en este artículo a partir de la nota 4. Aclaremos sólo que de los tres momentos en que puede funcionar la autocomposición, según se indica en el texto, el único que aquí nos interesa es el segundo.

¹⁹³ Cfr. *Proceso autocomposición*, núm. 2, pp. 12-4.

¹⁹⁴ Cfr. *ob. cit.*, núm. 48, pp. 76-7.

¹⁹⁵ Cfr. *ob. cit.*, núm. 29, pp. 46-7.

terio público; pero a fin de no fraccionar la exposición a él referente, dejamos para más adelante (*infra*, núm. 66) abordar dicho aspecto.

45) Dentro del género autocomposición, merece examen aparte la figura del *mediador* (*supra*, núms. 13 y 37) como instrumento para alcanzarla en ciertos casos. El mediador es un tercero, no siempre rigurosamente imparcial,¹⁹⁶ que presenta afinidades con el conciliador, por un lado, y con el árbitro —sobre todo con el irritual o libre—,¹⁹⁷ por otro. Con el primero, coincide en el afán o propósito de avenir a las partes o, en todo caso, de zanjar sus diferencias en vía extraprocesal y con el segundo, en ser, como regla, designado por ellas, en número singular o plural, par o impar. Pero ni siquiera cuando en él concurra la cualidad de tercero imparcial, como en el juzgador, desenvuelve actividad jurisdicente, cual, en cambio, pasa con el árbitro (*supra*, núms. 12 y 13), porque se limita a *proponer* una solución, que las partes son dueñas de aceptar, rechazar o modificar, mientras que el juez (público o privado) *impone* a los litigantes, mediante su sentencia o su laudo, la decisión del pleito. De ahí que el mediador se encuentre *infra partes* y el juzgador, por el contrario, *supra partes*; aquél se mueve en la esfera de la autocomposición (con frecuencia, transaccional), es decir, contribuye a que surja la parte juzgadora, mientras que el segundo opera en el área del proceso jurisdiccional.

b) *Parte imparcial*

46) Se contrapone a la figura del juez parcial y resulta, si cabe, aún más paradójica. ¿Hasta qué punto es posible exigir a las partes que se comporten en el proceso con un mínimo de objetividad y de buena fe; que llenen esos deberes de lealtad y probidad de que algunos textos legislativos hablan¹⁹⁸ y que distan mucho de ser preocupación de nuestros días?¹⁹⁹ En este punto, Cornelutti,

¹⁹⁶ Cuando CARRARO, en su monografía sobre *La mediazione* (Padova, 1952), subraya la imparcialidad con que debe proceder el mediador (cfr. pp. 45-55 y 116-23), da la sensación de no haber pensado en una composición paritaria del órgano de mediación, ya que en este caso, los nombrados en número igual por las partes discrepantes se conducirán muy probablemente, como en la hipótesis análoga de los árbitros (*supra*, núm. 12), cual intermediarios defensores.

¹⁹⁷ Cfr. *Proceso, autocomposición*, núm. 141, pp. 231-2. Véanse *supra*, núm. 13 y nota 57.

¹⁹⁸ Cfr. arts. 88 cód. proc. civ. italiano; 7 del proyecto uruguayo de Couture; 55, fr. I, del anteproyecto mexicano de 1948 (50, fr. I, en el proyecto); 13 del anteproyecto cubano de Montagú (17, en el proyecto Montagú-Gorrín).

¹⁹⁹ El viejo juramento de calumnia, o mancuadra, podríamos encajarlo sin dificultad dentro de esta corriente (en el mismo sentido, GOLDSCHMIDT, *Bemerkungen zum italienischen Zivilprozessentwurf*, en "Anuario di diritto comparato e di studi legislativi", 1938, vol. XIII, fasc. 4, núm. 12, p. 244). Véase también nuestros artículo *La obligación procesal de decir verdad, en un escritor español del siglo xvi* (en "El Universal", de

mediante una comparación, quizás no muy feliz, entre la conducta de las partes y la de los comerciantes que ponderan con exceso las cualidades de sus mercancías para lograr un mejor precio, justifica casi el empleo de una cierta dosis de habilidad y aun de astucia en el proceso.²⁰⁰ Mas suponiéndola lícita e inevitable, ¿cuál sería el límite de esa dosis? No cabe, naturalmente, fijarlo conforme a cifras rígidas o porcentajes matemáticos, pero sí ha de tenderse a que el proceso sirva sólo para *discutir lo discutible* y no para negar la evidencia²⁰¹ y consumar atropellos y despojos. Debe, pues, evitarse a todo trance que la supuesta habilidad encubra la temeridad o la mala fe. Pero, a la vez, la reacción contra el eventual abuso no de de ser tan sobremanera enérgica que cohíba al litigante para iniciar juicios o interponer recursos pertinentes.²⁰²

En dirección distinta, como actitud de imparcialidad de la parte, incluye Werner Goldschmidt la absolución de posiciones, singularmente cuando su falsedad se castigue como delito.²⁰³ Para nosotros, el testimonio vinculativo de parte, tanto bajo la forma de confesión (en contra) como de juramento (a favor)²⁰⁴ —a diferencia, claro está, de la declaración libre—²⁰⁵ encajaría mejor como modalidad de parte juzgadora. En cuanto a la imparcialidad o no del ministerio público, la abordaremos más adelante (*infra*, núm. 67), al analizar los distintos aspectos de la institución relacionados con la materia del presente estudio.

Esa imparcialidad, que sólo excepcionalmente se da en las partes, ¿podría

México, de 24-I-1947). Más datos, en COUTURE, *El deber de decir la verdad en juicio civil* (Montevideo, 1938), y *Oralidad y regla moral en el proceso civil* (Buenos Aires, 1939).

²⁰⁰ Cfr. *Sistema*, núm. 505.

²⁰¹ Como cuando para evitar la tramitación más expeditiva del juicio ejecutivo y obligar, de rechazo, al acreedor a seguir el lentísimo juicio declarativo, el deudor niega cínicamente su firma o bien la deuda, de haberse exigido confesión judicial de la misma: cfr. art. 1433 1. enjto. civ. española.

²⁰² La prohibición de la *reformatio in peius* en vía impugnativa, responde precisamente al propósito de conjurar el riesgo de que quien vaya por lana, salga trasquilado. Sobre el tema, CALAMANDREI, *Appunti sulla «reformatio in peius»*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1929, I, pp. 297-307; BÖTTICHER, *Reformatio in peius und Prozessurteil* (en "Zeitschrift für Zivilprozess", 1952, pp. 464-8). En dirección análoga, el excesivo autoritarismo del proyecto Solmi de 1937 fue una de las causas que más contribuyeron a su naufragio: cfr. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, núms. 18, 22, y 26 (dictamen emitido en 1937 y que se recoge en el vol. IV de sus "Studi"); CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare di codice di procedura civile* (Milano, 1937), núms. 11, 24 y 25; GOLDSCHMIDT, *ob. cit.* en nota 199, núms. 2, 3, 8, 12 y 17.

²⁰³ Cfr. *La imparcialidad*, cit., p. 14.

²⁰⁴ Aun cuando, por lo mismo, el juramento no posea en la actualidad la importancia que tuvo el de tipo purgatorio en el derecho germánico (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones del Fisco de Cuenca*, núms. 85-91), todavía subsisten manifestaciones de él, a veces sin recibir siquiera el nombre: cfr., por ejemplo, los arts. 491 y 506, núm. 2º, 1. enjto. civ. española y 98, núm. 2, y 157 cód. proc. civ. mexicano del D. F.

²⁰⁵ Acerca de la misma y de su evolución, véase GLÜCKLICH, *Parteivernehmung nach deutschem Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938), pp. 19-49.

elevarse a *deber*, en ciertos casos y condiciones, respecto de los *abogados* que las patrocinen? En un régimen de abogacía libre, o sea sin oficializar,²⁰⁶ es evidente que los abogados “no defienden un interés estatal (al menos, de manera directa y predominante), sino los particulares del cliente. Y si la relación entre abogado y cliente es la de arrendamiento de servicios, resultaría absurdo que en nombre de esa pretendida imparcialidad, el letrado hubiese de pedir en ocasiones la condena de quien lo contrató y lo retribuye. Por otra parte, el abogado no defiende, en manera alguna, los actos antijurídicos, ilegales, contrarios a la moral o a la buena fe que su patrocinado haya realizado, sino que, por el contrario, su misión consiste en negar la existencia de hechos con esos caracteres, o en disminuir la gravedad de los mismos”.²⁰⁷ Pero si los hechos no tienen justificación posible, ¿cabe que el abogado niegue su patrocinio? Procede diferenciar aquí la materia civil y la penal. En el orden civil, el abogado a quien un cliente se dirija para que sustente una pretensión descabellada o dolosa, debe intentar disuadirle de llevarla adelante, y en caso de insistir en su empeño, negarle la asistencia, para no hacerse cómplice de un acto ilícito o temerario; en el orden penal, al recaer la condena y la ejecución generalmente sobre la persona, salvo en los casos de sanción pecuniaria, la defensa no puede negarse, aunque sí haya de rechazar el abogado toda sugestión para su ejercicio desleal (por ejemplo: preparar la evasión del culpado, falsificar o destruir pruebas, etc.).²⁰⁸

c) *Parte de composición efectiva o aparentemente compleja*

47) Bajo esta rúbrica contemplaremos diferentes figuras, a algunas de las cuales, como en su lugar recordaremos, tuvimos ya ocasión de referirnos.

²⁰⁶ Respecto de las abogacías oficializadas, cfr. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile* (en el vol. I de sus “Studi”, pp. 304 y 330-4).

²⁰⁷ ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 43-44.

²⁰⁸ En Italia, el secretario del partido fascista estimó, en 1929, que «el abogado debe considerarse como un auxiliar de la justicia, y por tanto, no debe asumir la defensa de individuos evidentemente culpables de delitos repugnantes o gravemente peligrosos para el orden social y político del Estado» (opinión citada por MANZINI, *Tratato di dir. proc. pen.*, vol. II, Torino, 1931, p. 427, nota 1). Sin embargo, frente a semejante parecer se alzan estas razones: «a) que la misión más noble que al abogado compete es la de defensa, tanto más necesaria cuanto más graves sean la situación del culpado y la pena que contra él se pida; b) que a menos de prejuzgar el fallo, la calificación de si un delito es repugnante o peligroso, no se puede hacer por el abogado, y al requerirselo para que se encargue de la defensa, sino por el juez, y en el instante de dictar sentencia; c) que aun perteneciendo el delito a las categorías precitadas, la defensa es indispensable para determinar la relación de causalidad y la imputabilidad del reo, de las que en definitiva depende que se pueda condenar o no (precisamente los delitos repugnantes son cometidos con harta frecuencia por inimputables), y d) que si en los delitos políticos o sociales se prohíbe la defensa, el proceso penal se convierte en venganza estatal, o mejor dicho: gubernativa» (ALCALÁ-ZAMORA, *ob. y vol. cits.* en la nota anterior, pp. 44-5).

1º) *Litisconsorcio*

48) El efectivamente complejo es el *voluntario*, por lo mismo que la asociación responde en él más a móviles económicos que jurídicos, y de ahí que la sentencia pueda afectar de manera muy distinta a cada uno de los litisconsortes. En el *necesario*, en cambio, la parte se identifica con el litisconsorcio, a cuyo favor o en cuya contra recae la decisión que se pronuncie. El primero es, por decirlo así, *disgregable*, y podríamos compararlo con los *sumandos* (abstracción hecha de la suma), mientras que el segundo forma un *bloque*, y cabría parangonarlo con la *suma* (abstracción hecha de los sumandos) (véase *supra*, núm. 41). En situación análoga al litisconsorcio necesario colocaríamos a las *categorías litigantes* en los procesos *colectivos*.²⁰⁹

2º) *Tercerías*

49) El mecanismo tanto de la *principal* o *excluyente* como de la *adhesiva* o *coadyuvante*, dentro de las que operan por *intervención*, quedó ya explicado en el número 41, al cual nos remitimos. Añadiremos aquí tan solo, a propósito de la segunda, que el coadyuvante no pasa, en rigor, de ser una *subparte*²¹⁰ y que, por tanto, los códigos que con olvido de esa verdadera condición le permiten realizar actos que sólo a la parte principal incumben,²¹¹ transforman su naturaleza jurídica o subvierten su posición en el proceso. En cuanto a las tercerías fruto de *llamamiento*, ya sea judicial o de cualquiera de los contendientes,²¹² se traducen, según los casos, en *aumento*, en *baja* o en *cambio* respecto de la composición primitiva de la parte o partes por él afectadas.²¹³

²⁰⁹ Cfr. arts. 411, 413 y 414 cód. proc. civ. italiano, con independencia de cual sea su situación presente (véase PEROLESI, *Alcune osservazioni sulla fase attuale del processo del lavoro*, en "Studi in onore di Redenti", vol. II, pp. 171-84), y otro tanto decimos de los arts. 40 y ss. de la ley española de Jurados mixtos de 27-XI-1931.

²¹⁰ REDENTI, repetidamente, lo califica de parte *«secundaria»* o *«accesoria»*: cfr. su *Diritto processuale civile*, 2^a ed., vol. II (Milano, 1953), pp. 15-6, 50 y 338.

²¹¹ Aludimos, entre otros, el artículo 656 cód. proc. civ. mexicano del D. F., cuando en su fracción III permite al coadyuvante "continuar su acción y defensa aun cuando el principal desistiere". Entonces —preguntará Pero Grullo—, ¿a quién ayuda? Cosa distinta es que el coadyuvante (y en ese mismo minuto deje de serlo) se transforme en litisconsorte o inclusive en parte principal única (en virtud de sucesión o confusión de derechos respecto del coadyuvado).

²¹² Véase *supra*, nota 178.

²¹³ En la hipótesis de *litisdenuntiatio* prevista por el art. 657 cód. proc. civ. mexicano del D. F. (véase también el 22) se puntualiza, sí, que «el tercero obligado a la evicción, una vez salido al pleito, se convierte en principal»; pero nada se dice acerca de la situación que pase a ocupar el primitivo demandado, el cual podría quedar en tres muy distintas posiciones: a) fuera del pleito; b) como litisconsorte junto al llamado (posibilidad que nos inclinamos a descartar, tanto por el carácter de *«principal»* que se reconoce al

3º) *Sustitución*

50) La institución, que supone, como indicamos (*supra*, núm. 41), deslinde entre litigio y proceso, implica, por tanto, una parte subjetivamente compleja, o sea con el sustituto en el papel de parte en sentido *formal* y con el sustituido en el de parte en sentido *material*. De donde la parte conjuntamente considerada habría de representarse así: $P (m + f) = S^1 + S^2$, es decir, la parte en su doble significado material y formal se integra mediante la suma del sustituido (sujeto del *litigio*) y del sustituto (sujeto del *proceso*).²¹⁴

4º) *Gestión judicial*

51) En una situación singular, que el legislador mexicano equipara a la del procurador,²¹⁵ pero que, a nuestro entender, se encuentra a mitad de camino entre la representación procesal y la sustitución, hallamos al *gestor judicial*, autorizado a intervenir en casos de ausencia. A título de figura próxima a la sustitución, la gestión judicial entraría en la lista de partes en sentido complejo, mediante la fórmula $Gj = G + A$, en la que Gj denota *gestión judicial*, G gestor (parte en sentido *formal*) y A ausente (parte en sentido *material*). Se-mejante institución aunque de escaso empleo, presenta serios inconvenientes,²¹⁶ y sería preferible reemplazarla por la mera facultad de denunciar al juzgador los hechos que hoy autorizan su funcionamiento, quedando luego la representación del ausente a cargo de aquel a quien incumbe asumirla, o, en su defecto, del ministerio público o de un defensor judicial.

5º) *Pluralidad procesal penal*

52) En países donde el ejercicio de la acción penal no esté monopolizado por el ministerio público, puede mediar una *pluralidad acusadora*, que reviste varias tercero, como por no aludirse siquiera al principio de unidad de «representación» —en realidad, debió hablarse de «dirección», como se lee en el precepto tomado como modelo, o sea el 531 de la ley española— consagrado con alcance genérico por el artículo 53 para los casos de litisconsorcio y reiterado por el legislador de manera específica en artículos como el 173, 175, 811, 827, 852); c) como coadyuvante pasivo. A nuestro entender, sean tres o se reduzcan a dos las mencionadas perspectivas, el art. 657 instaura, en forma implícita, una norma procesal dispositiva a favor del demandado inicial.

²¹⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, núm. 29, en relación con los núms. 19 y 28.

²¹⁵ Art. 50 cód. proc. civ. D. F.: «La gestión judicial es admisible para representar al actor o al demandado. El gestor debe sujetarse a las disposiciones de los artículos 1896 y 1909 del código civil y gozará de los derechos y facultades de un procurador».

²¹⁶ Véase LIPARI, *Gestione d'affari e rappresentanza processuale*, en “Studi in onore di Chiovenda”, pp. 497-519.

modalidades.²¹⁷ Nos hallaríamos entonces ante una parte acusadora compleja, ya se encuentren los distintos acusadores en plano de igualdad o exista entre ellos subordinación y jerarquía.²¹⁸ Bueno será aclarar que cuando hablamos de pluralidad acusadora pensamos exclusivamente en la de carácter penal y no en la doble posición actora que en el enjuiciamiento criminal suele darse, aunque no siempre, como consecuencia del ejercicio asociado de la pretensión punitiva y de la de resarcimiento,²¹⁹ ya que aquí estaríamos ante dos relaciones jurídico-materiales diversas, penal una y civil otra. Dentro de esa pluralidad acusadora, merece destacarse el *actor popular* cuando intervenga no *en lugar* del ministerio público, sino *junto* a él,²²⁰ hipótesis que ofrece cierto paralelismo, en orden a las

²¹⁷ Así, en el derecho español, da lugar a varias combinaciones entre los cuatro tipos de acusación que admite: fiscal (ministerio público), particular (en delitos públicos), privada (en los de esta índole) y popular, e incluso puede suceder que actúen dos acusadores estatales en un mismo proceso: el ministerio público y el abogado del Estado, cuando existe conexión entre los delitos comunes y de contrabando, o cuando los primeros afecten a la Hacienda (cfr. arts. 101-113, 270-1, 642-5, 649, 651, 689, 757 y 804 l. enjto. crim.; 122 de la ley penal y procesal de contrabando y defraudación de 14-I-1929 —la actual de 11-IX-1953 responde a orientación distinta en este punto— y 75 y 76 del reglamento del cuerpo de abogados del Estado, de 27-VII-1943).

²¹⁸ La situación de igualdad, en cuanto a la eficacia e independencia de las respectivas acusaciones, se desprende de los artículos 649, 651, 655 y 689 l. enjto. crim. española (véase también el art. 69 de la hoy derogada ley del Jurado: acusación popular inmediata —así creemos que debe llamársele— interpuesto en el último momento, cuando las partes acusadoras, en vista del resultado de las pruebas, hubiesen solicitado la absolución completa de los procesados). El estado de subordinación, por lo menos en ciertos aspectos (cfr. §§ 398-9 *Str. P. O.*), se manifiesta, en cambio, a propósito de la acusación adhesiva alemana cuando se la relaciona con la deducida por el ministerio público (cfr. BEING, *Derecho procesal penal*. trad. esp. —Córdoba, Arg., 1943—, pp. 188-9, y especialmente ROSENFIELD, *Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses* —Berlín, 1900—, pp. 127-50, donde pone de relieve la posición intermedia que la figura ocupa entre la acusación privada y la del ministerio público). Aun cuando en rigor sea una acción civil *sui generis*, podríamos considerar también como subordinada, por la manera de desenvolverse y los fines que en el fondo persigue, la «acusación profesional» conferida a los sindicatos por la ley francesa de 21-III-1884 (cfr. GARRAUD, *Traité*, cit., tomo I, pp. 261-9 y 314).

²¹⁹ Puesto que pueden marchar por separado en ocasiones, o bien ejercitarse la una y renunciarse a la otra: para la casuística, véanse los arts. 100 y 106-17 de la l. enjto. crim. española, así como el 1813 del cód. civ., también de España, y en relación con él, el 1821 (ahora, el 14 de la ley sobre arbitraje de 22-XII-1953).

²²⁰ Cfr. arts. 101, 270 y 757 l. enjto. crim. española. La acusación popular, en los términos vagos en que está planteada en el mencionado cuerpo legal, es una «figura sumamente peligrosa, por la indeterminación del móvil o interés que la impulsa a actuar, y que puede conducir, como así ha sucedido dentro de la escasez de sus apariciones, a que sea el arma de las pasiones excitadas, la representación de los más audaces —o de los más prontos a servirse de ella— y no como su nombre parece indicar, la de los más numerosos, e incluso ha originado, en ocasiones, la confabulación de seudoacusadores populares con la defensa del inculpado» (de nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 77). Para el examen de la institución en el derecho español, véase últimamente GÓMEZ

partes, con la motivada por la actuación del jurado en el bando jurisdicente. Las coincidencias entre las dos situaciones serían: *a*) composición compleja, a saber: jurado y sección de derecho, por un lado, acusador popular y ministerio público, por otro; *b*) uno de los elementos estaría constituido en ambas parejas por funcionarios y el otro por no funcionarios; *c*) participación *popular*, por lo menos nominal, en la esfera de la justicia penal. Como divergencias anotaríamos: *a*) el jurado, dado su carácter *lego*,²²¹ circunscribe su intervención a los hechos, mientras que el acusador popular penetra, además, en el terreno de la calificación jurídica;²²² *b*) el veredicto del jurado y el pronunciamiento de la sección de derecho son partes integrantes de un todo,²²³ en tanto que la acusación del ministerio público y la del actor popular son piezas jurídicas independientes entre sí;²²⁴ *c*) mientras el acusador popular participa en el ejercicio de la acción, el jurado coopera en el desempeño de la jurisdicción.

En cuanto a la *pluralidad procesal penal subjetiva pasiva*, más tenida en cuenta por la doctrina, ya que se conoce en todas las legislaciones, como derivación obligada de la codelincuencia, y destinada a evitar que se quebrante la conexión y continencias de la causa, carece de interés desde el punto de vista de nuestro estudio.²²⁵

6º) *Mediatización de la voluntad de parte*

53) En ocasiones, la voluntad de la verdadera parte está mediatizada por un distinto sujeto procesal, o necesita un complemento volitivo ajeno, para que un determinado acto suyo se repute admisible, válido o eficaz, según las circuns-

ORBANEJA, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal*, tomo II (Barcelona, 1951), pp. 456-64.

²²¹ Descartamos, por consiguiente, aquí el llamado *jurado técnico* (cfr. Samuel STERNE, *Le jury technique* —París, 1925—), no sólo por las dificultades para su integración, debido a la variabilidad técnica de las causas penales en que estaría llamado a intervenir, sino porque, en realidad, más que jurado, implica una hibridación del juzgador con la pericia, hasta el punto de que, en rigor, se encontraría mucho más cerca del perito de oficio que del tribunal popular.

²²² Cfr. arts. 101, 270 y 757 de la l. enjto. crim. española, en relación con los 650-1 y 732-4 de la misma.

²²³ Véanse, por ejemplo, los arts. 90-1 y 96 de la hoy derogada ley del Jurado española o bien, en México, los arts. 377 y 380 cód. proc. pen. D. F. y 343 y 346 del federal. Esta dualidad se manifiesta incluso en aquellos textos en que *después de emitido el veredicto*, los jurados intervienen conjuntamente con los jueces de derecho en la deliberación concerniente a la pena (cfr. arts. 357 y 365 cód. inst. crim. francés). Véase, además, *supra*, nota 73.

²²⁴ Cfr. arts. 642-5, 651, 655 y 689, en relación con los 101, 270 y 757, todos de la l. enjto. crim. española.

²²⁵ A lo sumo, cabría comparar la figura del *cómplice* como *subparte* en sentido *material*, con la del *coadyuvante* como *subparte* en sentido *procesal*: véase *supra*, núm. 49.

tancias. Esa concurrencia de voluntades nos coloca ante una parte de composición *aparentemente compleja*, puesto que el sujeto cuya conformidad se requiere no es en ningún sentido actor ni reo, e incluso podría ser extraño por completo al orden jurisdiccional. Desde el punto de vista *activo*, las distintas especies de autorizaciones para proceder criminalmente contra personas amparadas por el correspondiente privilegio, constituyen un buen ejemplo,²²⁶ ya que si se deniegan aquéllas, la parte acusadora verá frustrado su propósito de ejercitar la acción penal y de impulsarla hasta sus últimas consecuencias; en la dirección *pasiva*, el curioso allanamiento penal del derecho español está supeditado a la doble aquiescencia del reo y de su defensor, con la particularidad de que, en caso de desacuerdo entre ambos, prevalece el parecer del segundo y se prosigue la marcha del proceso hasta su definición mediante sentencia, sin duda por considerarse que el juicio completo ofrece mayores garantías que el truncado, en que la aceptación de la pena se traduce.²²⁷

d) *Parte que penetra en el área del juzgador*

54) Cuando la facultad de disposición de las partes, en vez de ejercitarse respecto de la cuestión litigiosa o de fondo —en cuyo caso se trataría de *parte juzgadora* (*supra*, núm. 44)—, trasciende al desarrollo de proceso y sirve, verbiigracia, para alterar el régimen de la competencia o para cambiar la marcha del procedimiento, con derogación del principio de formalismo y de la noción de orden público que sobre las normas procesales se proyectan,²²⁸ entonces habremos de considerar tales mutaciones, sean obra de una sola de las partes o de ambas, como incursiones de éstas por los dominios del juzgador, lícitas desde el momento en que las consiente la ley, pero que no por ello se detienen ante su

²²⁶ Ya se trate de levantar la inmunidad parlamentaria, o incluso la administrativa que en algunos países ampara a ciertos funcionarios, o de obtener determinados permisos para proceder frente a algunos delitos: así, en los de injuria o calumnia vertidas en juicio, la licencia del juzgador ante quien se hubiesen vertido (cfr. arts. 467 cód. pen. de 1944 y 279 y 805 l. enjto. crim. en España). Efecto análogo produce la falta de «excitación especial del Gobierno», cuando median injurias o calumnias contra jefes de Estado, agentes diplomáticos y extranjeros de derecho público (cfr. art. 467 cód. pen. cit.), donde el principio de legalidad (cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, vol. II, pp. 507 y 525-9) en cuanto al ejercicio de la acción penal por el ministerio público (cfr. art. 105 l. enjto. crim.), queda supeditado al de oportunidad por parte del Ejecutivo.

²²⁷ Véase nuestro *Juicio penal truncado*, núms. 12-18, pp. 421-6.

²²⁸ En cuanto al principio de formalismo, cfr. el art. 55 cód. proc. civ. mexicano del D. F. (en contra, o sea consagrando la libertad de forma, el 41 del título especial sobre justicia de paz, en el propio texto legal). Acerca de las facultades de disposición de las partes respecto de la cuestión de fondo y del proceso, véase POHLE, *Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción* (en “Revista de Derecho Privado” —Madrid—, enero de 1954, pp. 1-19, *passim*).

estricta cualidad de *sujetos que piden*, sino que los impulsan hasta erigirlas en *sujetos que deciden* (cfr. *supra*, núm. 4). La prorrogación de competencia y eventualmente la de jurisdicción,²²⁹ la anómala resolución de una cuestión de competencia por el tercerista, autorizada por el derecho mexicano,²³⁰ la fijación del procedimiento a seguir,²³¹ la transformación de un juicio en otro por concierto entre los litigantes o mediante declaración unilateral de uno solo:²³² he aquí, a título ejemplificativo, una lista de tales manifestaciones.²³³

²²⁹ Cfr. arts. 56-8 l. enjto. civ. española, 151-3 cód. proc. civ. mexicano del D. F. y 6 y 29 cód. proc. civ. italiano, en cuanto a la de competencia, y 2 del últimamente citado, en orden a la de jurisdicción. Prorrogación para la ejecución de sentencias arbitrales: arts. 504 y 633 cód. mex. cit.

²³⁰ A tenor del párrafo segundo del artículo 161 cód. proc. civ. mexicano del D. F. (con el que concuerda plenamente la parte correspondiente del 673), «cuando el interés de la tercera que se interponga excede del que la ley somete a la competencia del juez que está conociendo del negocio principal, se remitirá lo actuado en éste y la tercera al que designe el tercer opositor y sea competente para conocer de la cuestión por razón de la materia del interés mayor y del territorio». Aun con esta última y muy relativa salvedad, el precepto transcrita olvida el frecuente carácter colusivo de las tercerías, permite una alteración arbitraria de competencia y rebasa incluso los límites de la prorrogación, ya que ésta opera previo concierto, expreso o tácito, de *ambas partes*, y en los referidos artículos es la voluntad de *una sola* la que decide. La solución correcta habría consistido aquí en la reserva de derechos al tercerista, como en el caso análogo de la reconvenCIÓN (cfr. art. 160 cód. cit.).

²³¹ En contra de la tesis de SARTORIUS y de BOLGIANO, de que es inadmisible un proceso convencional, por pertenecer las normas que lo rigen al derecho público y ligar incondicionalmente a quienes en él intervienen: cfr. del primero, *Die Erzeugung und Bedeutung des Gewohnheitsrechts im Civilprocesse* (en "Archiv für die Civilstische Praxis", tomo 27, Heidelberg, 1844, pp. 86-7) y del segundo *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts auf rationellen Grundlagen*, etc. (Stuttgart, 1879), p. 18. Esa idea la acoge, en principio, el art. 55 cód. civ. mexicano del D. F. (v. *supra*, nota 228). Sin embargo, en el derecho procesal mexicano existen dos derogaciones a esa regla: por un lado, el *juicio convencional mercantil*, que puede desenvolverse tanto ante jueces públicos como privados (aunque bajo la primera modalidad sea letra muerta), conforme a un procedimiento pactado entre las partes sujetándose a las bases y requisitos sentados por el legislador (cfr. arts. 1051-4 cód. com. de 1889 y acerca de ellos nuestro artículo *Examen del enjuiciamiento civil mexicano*, núms. 44-5, pp. 73-5, rev. cit.), y, por otro el *juicio arbitral*, si las partes deciden prescindir de «los plazos y las formas establecidas para los tribunales» (art. 619; en sentido análogo, el 816 cód. proc. civ. italiano); en contra, art. 26 l. española sobre arbitraje, de 1953.

²³² Dos casos típicos se dan en el derecho mexicano: a) el de *conversión del juicio ordinario en sumario*, cuando la excepción de cosa juzgada sea la única que se oponga y así lo pida el demandado (cfr. art. 261 cód. proc. civ. D. F.); y b) el de *sustitución del ordinario por el ejecutivo* —aquí a petición del actor—, cuando en el curso de aquél el deudor confiese la totalidad de la deuda (art. 445, el cual prevé, además, que si la confesión sólo es parcial, se abra el ejecutivo respecto de la porción confesada y prosiga el ordinario por el resto, con el aumento entonces de gastos inherente a la duplicación

B) *Partes en sentido impropio*

55) Una veces no lo son ni en sentido formal ni material, por no tener carácter de proceso contencioso las actuaciones en que las seudopartes intervienen o por no poseerlo todavía sino más adelante; y en otras ocasiones, si bien existe auténtico juicio, quienes en él contienden no son las verdaderas partes o no se conducen como tales.

a) *Sujetos de los procedimientos preliminares*

56) Poco hemos de añadir a lo expuesto en el número 29 cuando contemplamos el problema desde el ángulo del juzgador. De aceptarse la noción de proceso preliminar y ser unos mismos los sujetos que intervengan en él y en el ulterior de fondo, cabría considerar que durante su intervención en el primero se conducen como partes en sentido latente o potencial o, mejor aún, como *prepartes*; pero como esa sucesión puede faltar, bien por no seguirse luego el juicio principal, bien por no mediar coincidencia plena entre los sujetos del proceso antecedente y del consiguiente, parece más acertado sostener que "la relación procesal preliminar, con tres posiciones,²³⁴ aunque en ocasiones dos de ellas se refundan en de juicios y el riesgo de sentencias contradictorias. Por tal causa, en nuestro *Anteproyecto reforma prueba en Honduras* acogemos la primera perspectiva, pero rechazamos la segunda —cfr. texto del art. 450, en p. 440 rev. cit.—). Añadamos la sustitución del juicio público por el arbitraje, o viceversa: cfr. art. 487 l. enjto. civ. y 15 l. arbitraje de 1953, ambas en España, y 610 cód. proc. civ. mexicano del D. F.

²³³ Añadamos algunas otras: a) opción entre *juicio de equidad* y *juicio de derecho* (cfr. arts. 513 y 1572 cód. proc. civ. portugués de 1939, inspirado, sin duda, en el 617 del proyecto Solmi de 1937; 114 del brasileño, también de 1939; 113-4, 339, 409 822, y 829 del italiano; 204, 256, núm. 5, del proyecto Couture de 1945; 628 cód. proc. civ. mexicano del D. F.: 4 l. arbitraje española). Sin embargo, al menos en Italia, la sustitución del juicio de derecho por el dispositivo o de equidad en la esfera de los juzgadores estatales parece ser letra muerta o poco menos; véase CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, p. 52; b) idem entre *oralidad* y *escritura*, siempre que las partes procedan de acuerdo: art. 299 cód. mex. cit.; c) *fijación de hechos* en virtud de admisión, con simplificación en el procedimiento de ser total la misma: art. 276, en relación con el 266, cód. mex. cit., y 691-2 l. enjto. civ. española; d) *desistimiento del proceso sin renuncia a la pretensión*: («renuncia a los actos del juicio» en el art. 306 cód. italiano, y acerca de su alcance, D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, 2º ed., Torino, 1951, pp. 388-90; «desistimiento de la demanda», en contraste con el de la «acción», en art. 34 cód. mex. cit.); e) *suspensión concordada de plazos*: art. 1º r. d. español de 2-IV-1924; 296 cód. italiano; en contra, respecto de los plazos probatorios, el 305 cód. mex. cit. En otro sentido, el diligenciamiento de exhortos por medio de las partes (arts. 291 l. enjto. civ. española y 109 cód. proc. civ. mexicano D. F.) podríamos incluirlo también como invasión de las mismas en los dominios del juzgador y sus auxiliares.

²³⁴ A no confundir con *sujetos*. Dos de esas posiciones corresponden a quienes hagan veces de partes en el proceso preliminar, al que también resulta aplicable la susodicha

un mismo sujeto, se desenvuelve entre un *promotor*, un *requerido* y una *autoridad* (o *proveyente*), los dos primeros en papeles *análogos* a los de los partes litigantes en el proceso principal y el tercero en función *equivalente* a la del juzgador e incluso, a veces, estrictamente jurisdiccional²³⁵.

b) *Participantes en negocios de jurisdicción voluntaria*

57) Tampoco en este punto, incluida en él la *conciliación preprocesal*, hemos de agregar nada esencial a las indicaciones relativas al tema enunciadas al abordarlo en los números 36 y 37 en orden al juzgador. Sólo añadiremos que siendo precisamente la ausencia de partes uno de los criterios para caracterizar la llamada jurisdicción voluntaria y diferenciarla de la contenciosa,²³⁶ no cabe valerse de dicho concepto en la esfera de la primera, y ha de sustituirse por el de *interesado* o, mejor, por el de *participante*.²³⁷ Además, en diversos expedientes de jurisdicción voluntaria falta hasta la apariencia de una dualidad subjetiva enfrentada, que sería la mínima exigencia para poder hablar de partes.²³⁸

c) *Partes no legitimadas*

58) Si un proceso se sigue entre litigantes desprovistos de legitimación, tal eventualidad significa que intervienen en él como partes en su acepción meramente formal, quienes no poseen “la facultad (el derecho) —no precisamente la capacidad *personal*— de hacer valer un derecho concreto o bien el derecho y la obligación de asumir frente a una determinada demanda el papel de demandado”.²³⁹ El proceso se desenvolverá entonces infructuosamente y si, por aña-

tesis de HELLWIG conforme a la cual tales posiciones no pueden ser ni más ni menos de dos (cfr. *supra*, núm. 41).

²³⁵ Por ejemplo, cuando el juez decida sobre la oposición a la exhibición (cfr. arts. 501 1. enjto. civ. esp. y 200 cód. proc. civ. mexicano del D. F.) o al convenio de quita y espera (art. 1150 1. esp.) o falle acerca de la tercería deducida contra una providencia precautoria preprocesal (cfr. art. 253 cód. mexicano cit.). (El pasaje citado en el texto proviene de nuestro artículo *En torno a la noción de proceso prelínitar*, cit., vol. II, p. 291).

²³⁶ Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 317.

²³⁷ Cfr. *supra*, nota 14, citas correspondientes a LENT y a STAGEL.

²³⁸ Por ejemplo, en negocios como las informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 y 2009 1. enjto. civ. española) o las subastas voluntarias judiciales (arts. 2048-50 1. cit.), etc.

²³⁹ HELLWIG, *Lehrbuch*, cit., vol. II, p. 318. Desde el punto de vista de nuestro ensayo, el problema de la parte actora en el proceso administrativo constituye una cuestión, no de *situación*, sino de *legitimación* o falta de ella: en el de plena jurisdicción, la titularidad de un derecho subjetivo, y en el de anulación, la de un interés personal en que el acto se anule: cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Consideraciones sobre el contencioso francés* (en “Rev. de Admón. Púb.”, 1954, núm. 15, p. 51).

didura, se entabló ante juzgador incompetente, ni uno solo de los sujetos de la relación jurídica procesal así surgida será el efectivo titular de la anómala posición que en ella ocupa.

d) *Partes coludidas*

59) Cuando un seudoactor y un falso demandado se sirvan del proceso para burlar derechos ajenos, o cuando frente a las partes de un juicio en curso un tercerista en connivencia con el ejecutado, promueva una tercería con objeto de frustrar la satisfacción del crédito reconocido,²⁴⁰ la contenciosidad no pasa de aparente, y el verdadero litigante lo es entonces la víctima de la colusión entre sus adversarios. En este sentido, quienes se coluden para actuar nominalmente *como* contendientes y en rigor *contra* la parte legítima, integran en el fondo un singular litisconsorcio doloso, que puede asimismo manifestarse en lo penal.²⁴¹ Podemos imaginar también que la colusión procesal se produzca no tanto para perjudicar a terceros,²⁴² como para eludir alguna prohibición legal:²⁴³ aquí falta igualmente la contenciosidad, sin que el disfraz procesal baste para convertir en partes a quienes no lo son, aunque en la práctica pueda resultar sumamente difícil descubrirles la faz tras la careta.

240 El derecho de la persona víctima de la colusión a excepcionar frente a la sentencia firme, lo proclama el artículo 93 cód. proc. civ. mexicano del D. F., inclusive cuando se trate de decisiones concernientes al estado civil, respecto de las cuales la cosa juzgada surte efecto *erga omnes* (cfr. art. 422 cód. cit.). En cuanto a la tercería, si bien el propósito del legislador al establecerla fue únicamente el de amparar los derechos de los verdaderos terceristas, no cabe duda de que su manera de funcionar (cfr. arts. 1532-6 l. enjto. civ. española y 23, 659 y 664-6 cód. mex. cit.) se presta a que se la utilice con la finalidad denunciada en el texto y que con tanta frecuencia se presenta en la práctica.

241 Véase *supra*, nota 220.

242 Aunque no en forma inobjetable, los códigos procesales brindan al tercero protección frente a confabulaciones en su contra: cfr., verbigracia, los arts. 22, 24, 92, 93, 253, 288, 422, 661 y 689, entre otros, del cód. proc. civ. mexicano del D. F.

243 Véase CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 80 (distinción entre proceso *aparente* y proceso *simulado*). El *arbitraje irreal* podría responder también a esa finalidad: cfr. CARNE-LUTTI, *Sistema*, núm. 219, c. Sin llegar tan lejos, la ley española de 23-VII-1908 sobre represión de la usura, se propuso cortar, entre otras cosas (cfr. art. 12), la viciosa práctica de los *juicios convenientes*, en que, fraccionada la cuantía litigiosa, se transformaban en juicios verbales, los que en realidad eran de mayor o de menor cuantía, sustrayéndolos así al conocimiento del juez profesional de primera instancia, para llevarlo al juez municipal, con harta frecuencia iletrado: en esta hipótesis, a diferencia de lo que se afirma en el texto, no se eliminaba la contenciosidad, pero se alteraba, en provecho y bajo la presión del prestamista (o lo que es lo mismo: en perjuicio y con la resignación del prestatario), la competencia cuantitativa. A su vez, la sentencia de 18-V-1894 había proclamado que los fallos pronunciados en juicios convenientes, no pueden invocarse como sentencia firme en los expedientes de quita y espera.

e) *Sujetos del proceso penal*

60) Como dado el concepto *formal* de parte de que hemos arrancado (*supra*, núm. 40), no puede suscitar dudas la presencia de las mismas en la fase de juzgamiento,²⁴⁴ circunscribimos el análisis a las dos etapas del enjuiciamiento criminal en que su intervención resulta discutible, a saber: la de *instrucción* y la de *ejecución*.

1º) *Durante la instrucción*

61) En anteriores trabajos nuestros examinamos la cuestión de si intervienen realmente *partes* en la instrucción penal.²⁴⁵ Con ligeros cambios, reproducimos aquí el resultado de tales investigaciones,²⁴⁶ a cuyo fin partiremos del sistema procesal mixto, como más difundido en los códigos, ya que cuando la instrucción se practica durante la audiencia (sin perjuicio de la previa averiguación policial),²⁴⁷ la situación varía por completo, al asociarse dos fases que en aquella otra forma de procedimiento se contraponen fuertemente. En el mencionado sistema encontramos, por un lado, los actos mediante los cuales la autoridad judicial llega al conocimiento del delito (adquisición de la *notitia criminis*) y, por otro, la pretensión punitiva deducida al formular la acusación. Cuando comparamos una denuncia, sea cual fuere su clase, con el escrito de acusación, el deslinde no ofrece duda alguna, porque aquélla es una simple *participación de conocimiento*, que no convierte al denunciante en actor, mientras que el segundo en-

²⁴⁴ Cfr., por ejemplo, los artículos 144, 147, 153, 162, 172, 190, 200, 217, 306, 315, 332, 335, 413 y 416 cód. instrucción criminal francés; §§ 226-7 y especialmente 258 de la *Strafprozessordnung* alemana; arts. 649-57, 662, 669, 732-8, 745 y 854 I. enjto. crim. española; 468, 515-6 y 526-7 cód. proc. pen. italiano; 307, 316, 327-8, 355-60 y 417 cód. proc. pen. mexicano del D. F.; 306, 308, 310, 335, 345 y 365 cód. proc. pen. mexicano para la Federación.

²⁴⁵ Cfr. *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 83-9, y *En torno a la noción de proceso preliminar*, núm. 33 (pp. 38-41 del sobretiro y 304-7 del vol. II de los "Scritti in onore della Cedam").

²⁴⁶ Por contraerse nuestro ensayo al estudio de las *situaciones* y no al de la *capacidad*, no examinamos aquí los problemas relacionados con la segunda en el cuadro del proceso penal (menores, alienados, toxicómanos, etc.), singularmente la discutida cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, frente a la que nos colocamos en una postura resueltamente negativa: cfr. *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 13-4; véase también el sumario del cursillo de JIMÉNEZ DE ASÚA sobre *El sujeto del delito* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1952, núm. 5, p. 246).

²⁴⁷ Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo II, p. 361. La literatura policiaca anglo-sajona (novela, teatro) brinda con frecuencia estampas más o menos fieles de la instrucción practicada en audiencia. Recordemos, hará una veintena de años [ahora, cerca de cuarenta], *El proceso de Mary Dugan*, de BAYARD VEILIER, y, actualmente, *Testigo de cargo*, de Agata CHRISTIE.

traña una *declaración de voluntad* de quien asuma en el plenario la misión de acusar. Cuando la instrucción brota en virtud de *inquisitio ex officio*,²⁴⁸ como quiera que el plenario se funda en el principio *nemo iudex sine actore*, y no puede sostenerse que el instructor ejercite la acusación, porque precisamente su cometido concluye al acabar la etapa preparatoria, tampoco entonces cabe confundir *notitia criminis* y acción penal. El asunto se complica al fijarnos en la querella, dentro de la que hay que distinguir la *mínima*, mera condición de procedibilidad a remover por el ofendido al solo objeto de dar paso a la acción oficial en los delitos perseguibles a instancia de parte,²⁴⁹ y la *máxima*, peculiar del derecho hispánico,²⁵⁰ que suscita mayores dudas, porque si bien no posee virtualidad bastante para convertir el sumario en proceso entre partes, al colocar al querellante y al querellado en situación antagónica —singularmente cuando el *procesamiento*, que sirve para darle un destinatario a la instrucción,²⁵¹ se halle debidamente desenvuelto—, produce la impresión de que dichas personas se comportan como partes, aun cuando el imputado no alcanza esa cualidad durante la instrucción, en la que no pasa de ser *objeto* del procedimiento, sin llegar todavía a *sujeto* de la relación jurídica procesal.²⁵² En realidad, el presunto culpable de un delito atraviesa a lo largo del proceso penal por una serie de estados jurídicos distintos, desde el de mero citado a declarar, hasta el de reo ejecutoriamente condenado, pasando por los de procesado y acusado, amén de la hipótesis de detenido sin procesamiento.²⁵³ En otro sentido, denuncia y procedimiento de oficio pueden funcionar aun siendo desconocido en absoluto el

²⁴⁸ Véase *supra*, nota 52, así como JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho procesal penal*, vol. I (Madrid, 1949), pp. 380-5, y arts. 106, 303, 638 y 784 l. enjto. crim. española, más el 182 cód. proc. crim. de la capital argentina.

²⁴⁹ Acerca de ella, característica, por ejemplo, del derecho italiano, véanse los libros de BATTAGLINI, *Il diritto di querela* (Torino, 1915; 2^a ed., *secondo la nuova legislazione*: Bologna, 1939), y de CANDIAN, *La querela* (Milano, 1951).

²⁵⁰ La distinción entre querella *mínima* y *máxima*, establecida por nosotros en *Derecho proc. pen.*, tomo II, pp. 329-30, es acogida por CAMAÑO ROSA, *La instancia del ofendido* (Montevideo, 1947), p. 81.

²⁵¹ Acerca de la fundamental institución hispánica del procesamiento, consagrada por el artículo 384 de la l. enjto. crim. (*supra*, nota 188), véanse las indicaciones bibliográficas que consignamos en la nota 167 de *Proceso preliminar*, principalmente el trabajo de RUIZ GUTIÉRREZ, *El procesamiento* (en “Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal” —Madrid, 1950—, pp. 283-439). La idea de que el procesamiento sirve para darle un destinatario a la instrucción, enunciada por nosotros en *La reforma enjto. pen. argentino*, cit., núm. 35, es compartida por LÓPEZ-REY, *Proyecto de código procesal penal para Bolivia* (Córdoba, Arg., 1946), p. 53.

²⁵² En contra, es decir, creyendo que en el sumario existe ya relación procesal y que el imputado es sujeto de la misma (¿y si —preguntamos— la instrucción se sigue contra desconocido?), BARTOLONI FERRO, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, 1^a ed. (Santa Fe, Arg., 1942), pp. 48 y ss. 2^a ed. (1944), pp. 257 y ss.

²⁵³ Cfr., por ejemplo, los arts. 384, 486, 497, 649 y 988 l. enjto. crim. española, aunque el orden en que en ella figuran no coincide con el que exponemos en el texto.

autor del delito; y aunque el señalamiento de un inculpado se da en la querella, si analizamos su contenido veremos que en la misma no aparece *todavía* una pretensión punitiva concreta, sino una petición de que se instruya el sumario, se adopten las medidas cautelares pertinentes y se practiquen las diligencias que el querellante solicite. Y si es cierto que en la querella máxima, mientras no se la abandone o se desista, late el propósito de acusar en su día, no lo es menos que esa intención implícita no se lleva a cabo inmediatamente, sino cuando alcanzado el plenario, llega el momento de deducir la pretensión punitiva procedente. En resumen: la acción penal surge en el momento en que, sobre la base de la presunta culpabilidad de una persona, se formula por el actor una concreta pretensión punitiva contra uno o más reos individualizados. A lo sumo, cabrá admitir, con Beling, que la acción penal realiza un doble cometido: *a*) poner en conocimiento de la autoridad judicial²⁵⁴ la perpetración de un delito, para que proceda a incoar el sumario, y *b*) pedir el castigo del culpable. Pero esta solución conduce a que el proceso penal (ya se considere que en él funcionan *dos acciones distintas*, ya *una sola* orientada hacia un *doble objetivo*) aparezca con una dualidad actora sin ligazón alguna entre sí en multitud de casos, y a que haya que reputar actores penales al denunciante que se despreocupe por completo de la suerte de su denuncia, al juez instructor que proceda *ex officio* y que no participe en el plenario,²⁵⁵ y al querellante particular que desista o abandone su querella frente a delitos públicos, en los que su actitud no cierra el paso a la acusación oficial.²⁵⁶ Por consiguiente, ni desde el punto de vista activo —nada digamos cuando el ministerio público sea a la vez instructor—²⁵⁷ ni menos aún desde el pasivo, cabe hablar de verdaderas partes durante la instrucción, y ello por la especial índole de dicha fase del proceso penal (véase *supra*, núm. 30, con la salvedad consignada en la nota 120). Razones análogas habríamos de aplicar a la acción de peligrosidad frente a conductas simplemen-

²⁵⁴ Cuando no del ministerio público o inclusive de la policía: cfr., por ejemplo, los arts. 3-5, 262, 265-6 y 274-6 cód. proc. pen. mexicano del D. F., o bien los arts. 118, 155, 179 y 194 cód. proc. pen. argentino para la Capital.

²⁵⁵ A primera vista, el funcionario judicial que inicia de oficio un sumario (*supra*, notas 52 y 248) se encontraría en la misma situación que el juez del sistema inquisitivo puro (*supra*, núm. 8); pero entre ambos media la diferencia esencial de que aquél es juzgador tan sólo en sentido *orgánico*, mientras que éste lo es, además, en sentido *funcional*.

²⁵⁶ Cfr. arts. 264 (denuncia), 274-5 (apartamiento y abandono de la querella) y 303 (en relación con el 54, núm. 12: instructor que no intervenga en el plenario) l. enjto. crim. española, o bien arts. 168 (denuncia), 173-5 (en relación con los 14 y 15, en cuanto a la querella) y 32 y 195 (separación entre las funciones de instructor y de sentenciador) cód. proc. pen. argentino para la Capital.

²⁵⁷ En cuyo caso acumulará, perturbadoramente, dos de las cuatro funciones —a saber: la de instruir y la de acusar— que en el proceso penal se desenvuelven (véase, *supra*, número 30 y nota 117).

te antisociales, siempre que su enjuiciamiento responda a un deslinde semejante al que en materia de delitos se da entre instrucción y juzgamiento.²⁵⁸

2º) Durante la ejecución

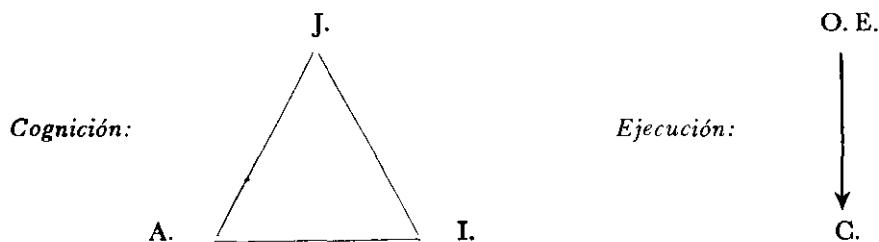
62) Si exceptuamos los episódicos o incidentales paréntesis de conocimiento que en su desarrollo se abren,²⁵⁹ predomina con mucho en ella el aspecto administrativo sobre el procesal,²⁶⁰ y la característica *triangularidad* de la relación jurídica operante en el enjuiciamiento se ve reemplazada por un *nexo dual*, ni siquiera de *coordinación*, sino de *subordinación*, entre el oficio ejecutivo y el condenado, a quien aquél priva coactiva y unilateralmente (aunque, por supuesto, apoyándose en el título ejecutivo constituido por la sentencia) de la libertad, a veces del honor (penas infamantes) e incluso de la vida. Y si bien Carmelutti se ha empeñado en presentarnos al verdugo como una especie de cirujano²⁶¹ —de donde el reo resultaría un paciente (a quien “a la fuerza ahorcan”)—, nadie pretenderá que entre ellos medien ligámenes semejantes a los que durante la fase de cognición conectan a las partes. De ahí que la representación gráfica de una y otra etapa sea, respectivamente, la que a continuación exponemos, en la que *J* significa *juzgador*, *A* *acusador*, *I* *inculpado*, *O.E.* *oficio ejecutivo* y *C* *condenado*:

²⁵⁸ Acerca del proceso de peligrosidad, véanse las indicaciones bibliográficas que consignamos en las nota 174 y 175 de *Proceso preliminar* y especialmente nuestro trabajo sobre el tema, citado en la nota 43 del presente artículo.

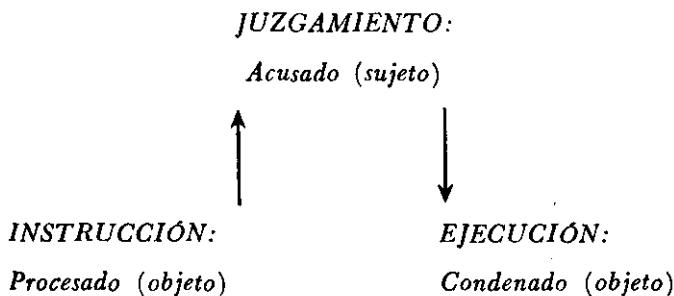
²⁵⁹ Véase *supra*, nota 145. Agreguemos las reclamaciones o quejas que el condenado deduzca contra abusos y excesos de que sea víctima durante el cumplimiento de la sanción, en cuanto no se substancien, a su vez, en vía administrativa ante las autoridades penitenciarias.

²⁶⁰ En este sentido, últimamente, RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale* (Padova, 1956), p. 419, nota 2; con anterioridad, GUTTENBERG, *Der Strafvollzug* (Würzburg, 1913), p. 2. En cambio, LEONE, si bien reconoce que en el estado actual de la legislación italiana la ejecución penal es actividad administrativa, preconiza que se la regule conforme al esquema de la relación jurídica, a fin de que el condenado sea sujeto no sólo de obligaciones, sino también de derechos (*Lineamenti di diritto processuale penale*, vol. II —Nápoli, 1950—, pp. 318-9).

²⁶¹ «La figura eminentissima dell'assistenza giudiziaria manuale e quella del *carnesice*, la cui funzione consiste non tanto nell'uccidere il condannato a morte quanto nel compiere sul corpo del condannato le operazioni chirurgiche necessarie per ottenere l'esecuzione della pena di morte o, dove esiste, della pena di mutilazione» (*Lez. proc. pen.*, núm. 132). Sólo que mientras el cirujano actúa para salvar la vida, el verdugo lo hace para privar de ella...



Por una singular paradoja, siendo, como regla, la ejecución penal esencialmente *personal*, en contraste con el acentuado carácter *patrimonial* de la civil,²⁶² el *inculpado*, que comenzó cual *objeto* de la instrucción para ascender luego a *sujeto* en el juzgamiento, desciende de nuevo a *objeto* al penetrarse en la ejecución:



V. SITUACIÓN DE LOS ÓRGANOS PARAJUDICIALES

63) El nombre lo tomamos de Carnelutti, pero le atribuimos distinto alcance. Mientras para el maestro italiano se trataría de órganos especiales que desempeñan "cometidos afines al judicial o conexos con él", tales como los que ejercen la función conciliadora o cual la comisión del patrocinio gratuito,²⁶³ poseedores, en rigor, de otro significado,²⁶⁴ para nosotros, en cambio, lo serían quienes, "sin

²⁶² Véase nuestro *Derecho proc. pen.*, tomo III, pp. 421-2.

²⁶³ Cfr. *Sistema*, núm. 200. Conforme al criterio carneluttiano, cabría incluir entre los órganos parajudiciales al consejo de familia, cuyas decisiones son impugnables mediante alzada ante el juez de primera instancia (art. 310 cód. civ. español).

²⁶⁴ La función conciliadora pertenece de lleno al cuadro de la jurisdicción voluntaria, y de ser asumida por funcionario judicial, éste intervendrá tan sólo como juez en sentido orgánico (cfr. *supra*, núm. 37). En cuanto a los organismos que según los países entienden en la concesión del patrocinio gratuito (sobre la comisión italiana, *supra*, nota 185), de no ser simples oficios administrativos, habrá que considerarlos, o como verdaderos juzgadores, cuando el otorgamiento determine un litigio incidental (o «accidental», como cree

ser jueces y es más: incluso siendo partes o interesados (por ejemplo: juntas de acreedores, de herederos o de aspirantes a la herencia, en los llamados juicios universales), adoptan determinadas resoluciones y acuerdos en un proceso".²⁶⁵ Se hallarían, pues, los órganos parajudiciales en una posición intermedia entre la del juzgador y la de las partes; y los acuerdos y resoluciones de ellos provenientes tendrían la naturaleza de actos mixtos, a saber: de parte, por su *origen*, y cuasijurisdiccionales por su *finalidad*. Ahora bien: la distancia a que se encuentran de los extremos no es rígida e invariablemente la misma y, por tanto, la dosis de parcialidad fluctúa bastante en ellos, hasta el punto de que algunos son susceptibles de recusación, por estar obligados a desenvolverse con un mínimo de objetividad o de desinterés.²⁶⁶ En ocasiones, como las hace un momento señaladas, el órgano parajudicial lo integran los propios interesados, mientras que en otras son ellos quienes proceden a su designación, a fin de que lleve a cabo tareas administrativas o ejecutivas o de que actúe como instrumento de vigilancia jurídica:²⁶⁷ en las dos últimas hipótesis, su papel se encuentra a mitad del camino entre el de los sujetos de la relación procesal y el de los auxiliares de la función judicial. Como postrera indicación, en una materia que aguarda todavía su adecuada sistematización, la de que si bien los casos más típicos de órganos parajudiciales se manifestarían en el ámbito de los susodichos juicios universales, que en México fueron catalogados como de jurisdicción mixta,²⁶⁸ tropezamos asimismo con ellos en el terreno de la jurisdicción voluntaria²⁶⁹ y hasta, alguna vez, en el de la netamente contenciosa.²⁷⁰

DE DIEGO LORA, *Sobre la pretendida naturaleza incidental del beneficio de pobreza*, en "Rev. Der. Proc." española, 1955, pp. 287-312), o tan sólo como juez en sentido orgánico, de encomendarse el conferimiento a funcionarios de la judicatura, pero sin que antes ellos se suscite con tal motivo contienda de ninguna clase.

²⁶⁵ ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales* en Goldschmidt, cit., nota 37.

²⁶⁶ Tal ocurre con los síndicos en el derecho español: véase *supra*, nota 59. Menos explícito en este punto el derecho mexicano: véanse los arts. 762 cód. proc. civ. D. F. (respecto del concurso de acreedores) y 30, 31 y 42 de la ley de quiebras de 1942.

²⁶⁷ Cual sucede con los interventores, tanto en los juicios universales concursarios (cfr. arts. 758 cód. proc. civ. mexicano del D. F. y 58 y ss. l. quiebras), como en los sucesorios (cfr. art. 798 cód. proc. cit.).

²⁶⁸ Por el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal de 15-V-1884 y los que le siguieron o todavía se inspiran en él en diversas entidades federativas de la República Mexicana.

²⁶⁹ Aun cuando en parte modificados o derogados por disposiciones posteriores, de los códigos civil y de comercio o de leyes especiales, véanse los arts. 1904, 1923 y ss., 2037 y ss., 2062, 2073 y ss., 2096, 2132, 2164 y 2171 l. enjto. civil española (juntas de interesados en diversos procedimientos voluntarios).

²⁷⁰ Junta de interesados para que determinen las bases de la partición o designen un partidor, cuando se trate de condena a la división de la cosa común: art. 523 cód. proc. civ. mexicano del D. F.

VI. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

64) Al cabo de más de veinticinco años, retorno sobre el tema con que inicié mis andanzas como procesalista: el ministerio público.²⁷¹ Acerca de su naturaleza jurídica y de la índole de los actos que realiza, se han sustentado las más dispares opiniones: desde quienes lo consideran parte, con una gama de matices dentro de esta corriente,²⁷² a quienes niegan que lo sea,²⁷³ pasando por aquéllos que lo conceptúan órgano jurisdicente²⁷⁴ y por los que le asignan caracterizaciones *sui generis*.²⁷⁵ Lo que sucede, en realidad, y de ahí esas divergencias de cri-

²⁷¹ Véase nuestro artículo *Lo que debe ser el ministerio público* (en "Rev. Gen. Legis. y Jurisp.", noviembre de 1929, y luego en "Estudios", pp. 1-22).

²⁷² A saber: *parte en sentido material* (pero para ello habría que subvertir los términos y considerar al ministerio público y no al Estado, de quien aquél es órgano, sujeto del litigio que en el proceso se ventile: véase *infra*, nota 275); *parte en sentido formal* (tendencia, muy difundida: cfr., por citar sólo un nombre, MANZINI, *Trattato*, vol. I, núm. 12-IV, y vol. II, núm. 208, donde lo presenta como «parte pública»); *parte imparcial* (así, CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 144-h; Werner GOLDSCHMIDT, *La imparcialidad*, cit., p. 15; arts. 2 l. enjto. crim. y 1º Estatuto del min. fisc., ambos en España; en contra, es decir, negando el supuesto deber de imparcialidad, James GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* —Barcelona, 1935—, p. 29).

²⁷³ Así, IRIBAS, *El ministerio fiscal no es «parte»* (en "Rev. Der. Proc." española, 1952, pp. 187-96), con argumentación de escasa consistencia, que no diferencia bien los distintos cometidos de la institución.

²⁷⁴ Así, CARNELUTTI cuando incluye entre los juzgadores («giudicanti») no sólo a quienes lo son en estricto sentido, sino junto a ellos al ministerio público y al defensor (cfr. *Lez. proc. pen.*, vol. I, núm. 99; para su crítica, el núm. 16 de nuestro *Prólogo a la traducción española de dicha obra*); y SATTA, cuando lo reputa un «organo schiettamente giurisdizionale» (cfr. *Diritto processuale civile* —Padova, 1948—, p. 46).

²⁷⁵ En Italia, CRISTOFOLINI lo considera órgano administrativo a quien corresponde la tutela de los intereses propios del Estado y cooperador inmediato del mismo, a manera de *longa manus*, junto a la autoridad judicial (*Sulla posizione e sui poteri del p. m. nel processo civile*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1930, II, pp. 23-57; v. p. 44); y ALLORIO, por su parte, diferencia en el conjunto de su actividad la agente, respecto de la que sería órgano administrativo de tutela de derechos del Estado, y la concluyente, en la que se conduciría como interventor adhesivo, órgano de tutela del interés de justicia, entendido como interés administrativo (*Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, en rev. cit., 1941, pp. 212-61; v. pp. 230 y ss. y 241 y ss.). En España, PINA lo contempla como órgano de la acción oficial, en contraste con la acción de parte (*El ministerio público en el anteproyecto*, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", 1950, núms. 47-48, p. 96); GUASP estima que es parte verdadera, porque formula una pretensión procesal (*La pretensión*, cit., "Rev. Der. Proc." arg., pp. 386-7); DE MIGUEL (Adolfo), vuelto totalmente de espaldas a la tremenda crisis de la justicia y de la libertad en la España actual, lo presenta, nada menos, que como una magistratura de amparo (*El ministerio fiscal, magistratura de amparo*, en "Rev. Der. Proc." esp., 1954, pp. 537-66); para nosotros, por último, sería sujeto del proceso, pero no del litigio, porque la pretensión que deduce no es suya, sino ajena: del Estado, como regla, y excepcionalmente de particulares desvalidos (cfr. art. 2, núm. 5, *Estado. min. fisc. español*).

terio, es que el ministerio público constituye una institución sumamente compleja y que reviste modalidades muy diversas según los países.²⁷⁶ Si nos fijamos, por ejemplo, en la que quizás sea su actividad más representativa, o sea el ejercicio de la acción penal, fácil será destacar grandes diferencias en cuanto a su regulación en los distintos códigos procesales.²⁷⁷ Y nada digamos de atribuciones de otro orden, como su intervención en lo civil,²⁷⁸ de los principios que rigen su actuación²⁷⁹ y de su participación o no en otras zonas del enjuiciamiento.²⁸⁰ Así las cosas, creemos que, tomado en bloque, el ministerio público aparece como un cuerpo de funcionarios que en *sentido orgánico* se aproxima a la judicatura,²⁸¹ mientras que en *sentido funcional*²⁸² se comporta como las partes, por lo menos en el desempeño de varios de los actos más significativos que

²⁷⁶ Por ejemplo: en torno a extremos de tanta importancia, como el monopolio o no de la acción penal; su posible actuación como instructor; las relaciones con la policía judicial; su intervención en materia civil y en la ejecución penal; su reemplazo por abogacías del Estado en el proceso administrativo, etc. Las diferencias, verbigracia, entre el ministerio público francés y el español, o entre ambos y el mexicano, este último peligrosamente hipertrofiado en la esfera penal, son manifiestas, y ellas explican en parte los tan distintos antecedentes que a la institución se señalan. Sobre los diversos extremos a que se alude en esta nota, véanse las notas 217, 218, 277, 278, 280, 290-4 y 299.

²⁷⁷ Monopolio acusador absoluto; idem combinado o mediatisado por condiciones de procedibilidad (querella mínima, excitación especial del Gobierno, levantamiento de inmunidades: cfr. *supra*, notas 226 y 250); concurrencia con otras acusaciones en el mismo o en distinto plano (cfr. *supra*, notas 217 y 218); inexistencia de ministerio público; exclusión del mismo respecto de delitos privados (cfr. art. 2, núm. 7, *Estado. min. fisc. español*); etc.

²⁷⁸ Que en Francia, por ejemplo, reviste considerable importancia (cfr. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^a ed. —París, 1929—, pp. 183-90), mientras que en otros países posee escaso relieve y se la tilda de perturbadora: cfr. JORRÁ, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5^a ed., vol. I —Buenos Aires, 1941—, pp. 225-6.

²⁷⁹ Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho proc. pen.*, vol. I, pp. 388-90, y *Principios técnicos y políticos de una reforma procesal* (Tegucigalpa, 1950), núms. 27-8. [ahora, *infra*, *Estudio Número 15*].

²⁸⁰ Por ejemplo: reemplazo por los abogados del Estado en el proceso administrativo (cfr. arts. 84-6 del reglamento español de 27-VII-1943) o, hasta cierto punto, puesto que podrían enfrentarse con el ministerio fiscal, por los «defensores de la constitucionalidad de la ley» en el de tipo constitucional (cfr. arts. 33-34 de la hoy derogada ley del Tribunal de Garantías español, de 1933, y 123 de la Constitución de 1931) o por el «defensor del vínculo» en el proceso canónico, donde el cargo puede asociarse o separarse del de promotor de la justicia, que sería el verdadero ministerio público (cfr. cánones 1586 y 1588).

²⁸¹ Es decir, en todo lo relativo a capacidad, ingreso, preparación, retribución, categorías, ascensos, jubilación, etc. Ello explica que, por ejemplo, en España las dos carreras (judicial y fiscal) estuviesen unidas durante el largo periodo que va desde la ley de 19-VIII-1885 al Estatuto min. fisc. de 21-VI-1926.

²⁸² O sea cuando en un proceso cualquiera realiza actos de postulación jurisdiccional. En cuanto al contraste entre lo *orgánico* y lo *funcional*, básico en este ensayo (cfr. *supra*, número 5), arranca de nuestro *Programa de Estudios Superiores*, cit., cap. VIII (p. 260).

le incumbe llevar a cabo, es decir, respecto de todos aquellos en que se conduce como órgano *requirente* y no *jurisdicente*.²⁸³

65) El ministerio público se encuentra, pues, como los órganos parajudiciales de que en el epígrafe precedente hablamos, aunque por distintas razones y con diversos rasgos, en una situación intermedia entre el juzgador y las partes.²⁸⁴ Una rápida ojeada a la actividad que despliega confirmará la tesis que enunciamos. Dentro de aquélla podemos diferenciar tres sectores: a) la de carácter *accionante* o *requirente*, con o sin contraparte;²⁸⁵ b) la de naturaleza *dictaminadora* o *consultiva*;²⁸⁶ y c) la de índole *orgánica* o *administrativa*.²⁸⁷ El primero se compone de genuinos actos de parte: que el ministerio público no sea sujeto del litigio (litigante) y sí sólo del proceso (procesante, podríamos decir) (cfr. *supra*, notas 272 y 275), no hace que, verbigracia, la demanda, la contestación, la acusación, la petición de prueba o el medio impugnativo por él deducidos cambien su esencia comparados con los de idéntica especie formulados por un particular. Serán actos de parte en sentido formal, como en dirección análoga los del sustituto (véase *supra*, núms. 41 y 50), pero sin que por ello pierdan su cualidad de tales. El segundo, en cambio, no tiene equivalente entre los efectuados por las partes, aunque como problema de *lege ferenda* pueda discutirse si un juzgador jurista (cosa muy distinta cuando excepcionalmente sea *lego*) necesita aseso-

²⁸³ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 144.

²⁸⁴ No cabe, en cambio, mostrarlo como *auxiliar de la justicia*, según hacen, entre otros, ALSINA y, con alcance más limitado, ALLORIO (véanse, respectivamente, *Tratado*, tomo I, p. 496 —2^a ed., tomo II, 1957, p. 329—, y *ob. cit.* en nota 275, p. 225), porque su función posee propia substantividad e independencia respecto de la que incumbe como esencial a la judicatura.

²⁸⁵ Al expresarnos así, pensamos en la tan discutida casación en interés de la ley (acerca de sus manifestaciones actuales, véase nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. III, p. 306, nota 149; y para su estudio, PINA, *El recurso de casación en interés de la ley*, en "Rev. Gen. Legis. y Jurisp.", agosto de 1929, y luego en "Derecho Procesal (Temas)", 2^a ed., cit., pp. 9-41). Véase también *infra*, nota 294.

²⁸⁶ En el derecho español tiene lugar en materia de cuestiones de competencia y conflictos jurisdiccionales, declaración de ejecutabilidad de sentencias extranjeras, juicios universales y jurisdicción voluntaria: para mayores puntualizaciones, véase, aunque en parte anticuado, el resumen anexo a la Circular de la Fiscalía del Supremo de 7-III-1898. Esta tarea, que líneas más abajo criticamos en el texto, ha sido también combatida por GUASP (cfr. *La pretensión*, nota 99) y por PINA (*El min. pùb. en el anteproy.*, pp. 91-2).

²⁸⁷ Por ejemplo: distribución de trabajo en las fiscalías, inspección, correcciones disciplinarias, informes a petición del Gobierno, propuestas de ascensos: cfr. arts. 4, 21 y 22 del Estatuto min. fisc. español. Una atribución especial, en la que se revela el principio de unidad del cuerpo y que por su índole caracterizaríamos de quasilegislativa, es la que a los superiores (fundamentalmente al Fiscal del Tribunal Supremo) incumbe de circular «instrucciones generales o especiales sobre interpretación y aplicación de preceptos legales» (cfr. art. 3 Estatuto min. fisc. español), mediante la que se crea la que bien cabría llamar *jurisprudencia (interna)* del ministerio público.

ramiento jurídico del ministerio público para desempeñar su cometido, máxime si se piensa en la superficialidad con que esos dictámenes se suelen despachar. El tercero, por último, queda fuera del campo estrictamente procesal, único que nos interesa contemplar aquí.

66) A esas tres zonas de actividad hemos de agregar aún las peculiares de determinados ordenamientos. Así, en ciertos países es el jefe de la policía judicial,²⁸⁸ cuyas investigaciones, aunque vinculadas con la justicia penal, pertenecen al ámbito administrativo en mayor medida que al procesal, y en otros ejerce funciones de vigilancia respecto de la judicatura,²⁸⁹ cuya independencia queda así mediatisada por el Ejecutivo, de quien el ministerio público suele ser instrumento. Prescindiendo de esos dos menesteres, nos fijaremos en algunos más directamente conectados con el proceso penal, a saber: los actos que lleve a cabo en la instrucción, en la ejecución y en la realización de tareas cuasijurisdiccionales. En la *instrucción*, el ministerio público puede conducirse de dos maneras diferentes: o como peticionario de diligencias sumariales, o como encargado de incoarla. En la primera hipótesis, si bien suele gozar de una posición privilegiada en contraste con la del imputado (cfr. *supra*, núm. 61), no cabe reputarle propiamente parte, sino sólo sujeto requirente de la instrucción, por no mediar durante ésta verdadera relación procesal o reducirse, a lo sumo, a una de tipo preliminar.²⁹⁰ En el segundo caso, previsto por varios códigos con más o menos amplitud,²⁹¹ será, desde luego, titular de la instrucción, pero no genuino *juzgador*.

²⁸⁸ Así, en México: cfr. arts. 3, frac. I, y 273 cód. proc. pen. D. F., y 2, frac. I, y 127 idem Federal; y también en Italia, aun cuando deban cumplimentar igualmente las órdenes del juez instructor y del pretor (art. 220 cód. proc. pen.). En España, al menos nominalmente, la policía judicial es, a la vez, auxiliar del ministerio fiscal y de los jueces instructores (cfr. arts. 283, 284, 286-91, 294-6 y 298 l. enjto. crim.). Y en Francia depende de las cortes de apelación, y en sentido amplio abarca inclusive los jueces instructores: arts. 9 y 57 cód. instrucción crim.

²⁸⁹ Como sucede en Francia: cfr. BECENÁ, *Magistratura y Justicia* (Madrid, 1928), pp. 198-206, donde pone de relieve los inconvenientes de semejante ingerencia, que si se realizase en España merecería por partida doble el nombre de *fiscalización*.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, núms. 30 y 61.

²⁹¹ Tal como ocurre con el italiano de proc. pen. de 1930, que le da el nombre de «instrucción sumaria» (arts. 389-401), aun cuando puede encomendarse también al pretor e incluso a la policía judicial (art. 398); idéntica denominación emplea el código de 1939 para la provincia argentina de Córdoba (arts. 311-24), mientras que en la de Mendoza, el de 1953 habla de «citación directa» (arts. 368-81). Acerca del cambio de rúbrica en los citados códigos argentinos (el segundo de los cuales es en calco del primero), véase lo que dice al autor de ambos, prof. VÉLEZ MARICONDE, en *Código Procesal Penal de Mendoza: I Exposición de motivos* (Córdoba, 1953), pp. 133-4. Mal delimitada, instrucción a cargo del ministerio público existe también en México, pero ni recibe nombre especial ni los preceptos a ella atinentes se encuentran agrupados (cfr. arts. 3, frac. I, 94 y ss., 152, 265-6, 270 y 284 cód. proc. pen. D. F. y 1, frac. I, 61, ap. 2º, 116, 126-7, 130, 135, 136, frac. I, y 185 cód. fed.), ni se circunscribe a determinados delitos.

dor, porque el *instructor* no alcanza en sí dicha categoría y porque el ministerio público que instruya, no lo sería ni siquiera en sentido *orgánico* (cfr. *supra*, núms. 28 y 30), por no pertenecer a la judicatura; y ello, abstracción hecha de si tal expediente resulta o no aconsejable.²⁹² En la *ejecución*, intervendrá, a su vez, con carácter administrativo, como órgano del Ejecutivo,²⁹³ salvo cuando durante ella se abran los paréntesis de conocimiento a que nos referimos (cfr. *supra*, núm. 62) y en los que se comportará como sujeto requirente, inclusive sin contraparte en ocasiones.²⁹⁴ Pasemos, por último, a las que hemos calificado de *tareas cuasijurisdiccionales*, porque siéndolo por su contenido, no provienen de un juzgador en estricto sentido: una de ellas consiste en la posibilidad de que de su actitud dependa la *concesión de un auto de sobreseimiento definitivo*, con los mismos efectos de una sentencia absolutoria;²⁹⁵ la resolución del juzgador queda entonces tan fuerte y automáticamente mediatisada por la del ministerio público, que en rigor es éste quien lo acuerda o deniega y aquél quien lo refrenda; otra, dentro de códigos que respondan plenamente al principio acusatorio (*nemo iudex sine actore*), la representa la *retirada de la acusación*, que impide al tribunal condenar aun cuando su convicción sea contraria a la del ministerio público.²⁹⁶ En ambos supuestos, la decisión que recaiga per-

²⁹² A nuestro entender, no lo es: véanse nuestra intervención al efecto en el *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios* (La Plata, 1942), pp. 93-4, y el núm. 34 de *La reforma enju. pen. arg.*, cit. Con posterioridad a dichos trabajos, tanto en Italia como en Argentina se han alzado en contra de la instrucción sumaria opiniones individuales y colectivas del más alto valor: en la primera, cfr. CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero a suo posto* (en "Riv. Dir. Proc.", 1953, I, p. 262), así como la información acerca de *Il convegno di Bellagio sulla riforma del processo penale* (en rev. y año cits., I, p. 172); en la segunda, VÉLEZ MARICONDE, partidario de la solución que combatimos, recuerda, sin embargo, que el Segundo Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Salta en 1948, «declaró conveniente que la instrucción sea siempre judicial» (véase su folleto *La instrucción en la doctrina* —Córdoba, 1951—, p. 60). En realidad, la acumulación de la función instructora y de la acusadora en el ministerio público es contraria a la división de tareas propias del proceso penal (cfr. *supra*, núm. 30 y nota 117) y, sobre todo en países autoritarios, entraña grave riesgo para la libertad individual.

²⁹³ Cfr. art. 577 cód. proc. pen. italiano, así como RANIERI, *Manuale*, cit., pp. 421, nota 1, y 423-4; y arts. 529 y ss. cód. proc. pen. Fed. en México; en cambio, el del D. F. la encomienda al Departamento de Prevención Social, organismo netamente administrativo (cfr. arts. 575 y ss. y 673-7, así como GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, 2^a ed. —México, 1945—, pp. 491-4).

²⁹⁴ Pensamos ahora en el recurso de revisión que en beneficio del reo injustamente condenado interponga el ministerio público: cfr. arts. 956-7 l. enju. crim. española y 556, núm. 2, cód. proc. pen. italiano.

²⁹⁵ Cfr. arts. 461 y 577 cód. proc. pen. argentino para la Capital, y acerca de ellos, nuestro *Derecho proc. pen.*, vol. II, pp. 71, nota 25, 182, nota 99, y vol. III, pp. 225-6. En México, véanse los arts. 309, 323-4 cód. D. F. y 298, frac. I, cód. Fed.

²⁹⁶ Véanse, en el derecho mexicano, los arts. 363, frac. III, cód. proc. pen. D. F. y 298, frac. II, del federal; y en el español, aunque hoy en suspenso, el art. 69 ley del

tenecerá a la clase de *sentencias-acta* y no a la de *sentencias-pronunciamiento*,²⁹⁷ y un tercero lo hallaríamos allí donde rija el *principio de oportunidad en cuanto al ejercicio de la acción penal*, siempre que su no promoción por el ministerio público frente a un concreto hecho con apariencias delictivas²⁹⁸ impida a la jurisdicción represiva conocerlo y juzgarlo.

67) Si el ministerio público se encuentra situado entre el juzgador y las partes (cfr. *supra*, núm. 65), surge en seguida la cuestión de si habrá de proceder con *imparcialidad*. De dársele a la pregunta una respuesta afirmativa, en el proceso intervendrían sujetos principales *parciales* (partes particulares) e *imparciales* (juzgador y ministerio público), de donde la designación del último como *parte imparcial*, valga la paradoja, a diferencia de las primeras como *partes parciales*, sirva la redundancia,²⁹⁹ se justificaría por completo. Entonces, el ministerio público vendría a manifestarse como una especie de juez que pide o acusa, en vez de decidir. Sin embargo, esa tesis, a la que en mis años mozos propendí,³⁰⁰ no la comparto hoy en día: el ministerio público, al menos en su más característica función de acusador penal, no sólo no suele ser imparcial, por una deformación profesional que llega a lo patológico en los coleccionistas de agravantes y en los que se jactan de las penas de muerte conseguidas,³⁰¹ sino

Jurado, citado *supra* en la nota 218, determinante de «auto de sobreseimiento libre por falta de acusación», que normalmente será la del ministerio público.

²⁹⁷ Véase *supra*, núm. 24, nota 106.

²⁹⁸ El mismo efecto se producirá cuando, siendo indispensables, falten la excitación especial del Gobierno (*supra*, nota 226) o la querella mínima (*supra*, núm. 61), condicionantes, a su vez, de la actividad del ministerio público en los casos respectivos.

²⁹⁹ Hecha la aclaración de que el adjetivo *parcial*, equivoco por no ser unívoco, puede oponerse tanto a *total* como a *imparcial*. ¿Cabría, por analogía, trasplantar la noción de imparcialidad desde el ministerio público a los abogados del Estado —*supra*, nota 280—, que han venido a sustituirlos en ciertos asuntos? Entendemos que no, al menos en España (la institución se conoce también en Italia y en otros países: cfr., aunque probablemente anticuado hoy en buena parte de su información, MENESTRINA, *L'avvocatura dello Stato in Italia e all'estero*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, I, pp. 201-33; véase asimismo CALAMANDREI, *Gli avvocati dello Stato e l'inamovilità*, en "Studi", vol. V, —Padova, 1947—, pp. 277-84), donde dependen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, a cuyas instrucciones habrán de acomodarse: cfr. arts. 5 r. d. 10-III-1881, 14 r. d. 16-III-1886 y 14, 55 y 86 reglo, actual de 27-VII-1943.

³⁰⁰ Cfr. *Lo que debe ser el min. pùb.*, cit., pp. 13 y 17 de "Estudios"; véase también SIEGERT, *L'indipendenza del pubblico ministero* (en "Riv. Dir. Proc. Pen.", 1956, pp. 349-63).

³⁰¹ Esa psicología a un tiempo persecutoria y expeditiva de algunos fiscales, se refleja ya en ciertos versos puestos en boca de uno de ellos por don Ramón de LA CRUZ, el célebre sainetero madrileño del siglo XVIII, en su obra *La duda satisfecha*:

«Cuando los indicios son
tan vehementes como éstos,
puede imponerse el castigo
aun sin escuchar al reo».

que quizás no convenga que lo sea: mientras en caso de duda el juzgador debe absolver (*in dubio pro reo*), el ministerio público habrá de acusar (*in dubio pro societate*), para no obstaculizar el funcionamiento de la jurisdicción (véase *supra* núm. 66). Por tanto, al ministerio público no puede exigírsele, y en ello se aparta esencialmente del juzgador, una imparcialidad *absoluta*, sino tan sólo *relativa*, y ésta, huelga decirlo, no al cuerpo en sí, sino al funcionario que actúe en cada proceso.³⁰² Conforme a los expresados lineamientos es como, a nuestro entender, ha de plantearse el debatido problema de la *recusabilidad de sus agentes*, extremo que a estas alturas del trabajo nos resulta imposible abordar.³⁰³

VII. CONCLUSIÓN

68) Si tras la tentativa de sistematización, sin duda llena de lagunas y defectos, pero suficiente para mostrar un panorama, a que acabamos de dar cima, tratásemos de extraer una conclusión, ella sería la de que se impone accentuar el contraste juzgador = partes, de acuerdo con la noción del primero que al comienzo dimos (*supra*, núm. 4) y, correlativamente, eliminar, siempre que sea posible, las numerosas situaciones intermedias y dudosas que hemos venido señalando. Suprimir la peligrosa figura del juez-acusador, la innecesaria del juez accionante o la inoperante, por contrarrestada, del juez-defensor; relegar al rincón del olvido la anacrónica consulta; apartar a la judicatura del terreno de la jurisdicción voluntaria; reemplazar la gestión judicial; evitar que las partes invadan los dominios del juzgador; impedir que el ministerio público funcione como instructor penal o realice actos cuasijurisdiccionales, etcétera, son reformas que deben implantarse en los países donde todavía prevalezcan las soluciones de signo contrario.

³⁰² Sin embargo, aunque no consentida ni prevista siquiera por el legislador, la recusabilidad del cuerpo podría plantearse en alguna ocasión: así, partiendo de un ministerio público vinculado al Ejecutivo por los principios de dependencia funcional y de unidad e indivisibilidad, cuando se trate de proceso en que el Gobierno o sus componentes se halen directamente interesados o comprometidos (cfr. *ob. cit.* en nota 300, p. 18), con riesgo de que aquél peque por exceso o por defecto, según las circunstancias (salto desde el ensañamiento al imputismo, asegurado éste de regir plenamente el principio acusatorio); o bien en el enjuiciamiento de crímenes de guerra, en que el ministerio público se componía de representantes de los vencedores, en tanto que los acusados provenían de las naciones vencidas (cfr. nuestro *Processo dei criminali di guerra*, cit., pp. 221, 225, nota 2, y 228, nota 3).

³⁰³ Véase GÓMEZ ORBANEJA, *Sobre la irrecusabilidad del ministerio fiscal* (en "Rev. Der. Proc." española, 1949, pp. 601-23); cfr. también *supra*, nota 59, y ALLORIO, *Il pubblico ministero*, cit., pp. 223-4.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) TEXTO: Núms. 11 y 30: El nuevo título III del libro IV de la ley enjto. crim. española (texto de 8-IV-1967), regula en su capítulo II (arts. 790-3) un procedimiento en que el juez es a la vez instructor y sentenciador, con todos los riesgos que semejante fusión y confusión de actividades entraña. Núm. 17: Para el deslinde entre juzgador *complejo* y juzgador *colegiado*, cfr. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1924, I, pp. 213-60, y luego en sus "Studi sul processo civile", vol. II (Padova, 1930), pp. 211-56; núms. 7-9. Núm. 23: Acerca de si puede considerarse *sentencia* la pronunciada por mayoría lograda merced a los votos conjuntos del ministro sustituto y del sustituido, véanse los dictámenes 47 y 48 de los incluidos en mi *Clinica Procesal* (México, 1963), pp. 459-68 y 469-72, respectivamente. Núm. 24: A diferencia de la hipótesis en él contemplada, en los ordenamientos que admiten el tan discutible recurso de casación en interés de la ley, el tribunal *ad quem juzga* (a efectos de sentar jurisprudencia), pero *no sentencia*, puesto que la decisión del *a quo* queda en pie y alcanza autoridad de cosa juzgada (cfr., verbigracia, art. 1782 ley enjto. civ. española). Respecto del tema, DE PINA, *El recurso de casación en interés de la ley*, en "Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.", agosto de 1929, y últimamente en "Derecho Procesal (Temas)", 2^a ed. (México, 1951), pp. 11-41. Núm. 27: Como manifestación de *juzgador que penetra en el área de las partes* cabe señalar asimismo la del que promueva recursos de oficio. Aparte el caso ya examinado de la consulta y de la apelación de oficio (*supra*, núm. 21), recordaré el de los recursos de reforma del veredicto y de revista por nuevo jurado, conforme a los arts. 108 y 112 de la ley de ley española de 1888 (en suspenso desde 1936). Mencionaré también que en México, el proyecto de 1838 facultaba a la Corte Suprema de Justicia para excitar al "Supremo Poder Conservador" (objeto de la segunda ley constitucional de 1836) con objeto de que éste declarase la nulidad de las leyes, decretos y actos del Ejecutivo contrarios a la Constitución y a las leyes, es decir, convertía a un órgano esencialmente jurisdicente, en promotor o requirente para ante un organismo no jurisdiccional, pero erigido así en verdadero juzgador en la esfera de la justicia constitucional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El proyecto de ley de 1838 para el arreglo de la administración de justicia en los tribunales y juzgados del fuero común*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 35-36, julio-diciembre de 1959 (pp. 41-67), p. 53. Núm. 45: Acerca de las relaciones entre mediación, conciliación y jurisdicción, véase mi *Proceso, autocomposición*, cit., 2^a ed., adición al núm. 44, pp. 75-7. Núm. 54: Ejemplos, en el derecho mexicano, de *parte que penetra en el área del juzgador*: a) los preceptos que como excepción a la regla del art. 133 cód. proc. civ. distrital, consagratorio de la preclusión, mantienen el viejo *acuse de rebeldía* (cfr. arts. 251, 638 y 705); b) el art. 719 cód. cit., que permite al recurrente elegir al juez de primera instancia que haya de conocer de la apelación extraordinaria contra sentencias de los jueces de paz, cuando hubiere varios de aquéllos, en lugar de establecer un turno riguroso y de que, en caso de discrepancia entre él y el recurrido, brote la correspondiente cuestión de competencia, que ahora decide por sí y ante sí el apelante; y c) en la esfera del enjuiciamiento criminal, la de-

terminación, en las condiciones que fijan los arts. 489 cód. proc. pen. distrital y 479 del federal, del *forum connexitatis* por el ministerio público en caso de acumulación. Núm. 61: Para LEONE, *denunciante y querellante* no serían partes y ni siquiera sujetos procesales: cfr. *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, vol. I (Napoli, 1949), p. 95; hecha la aclaración de que el derecho italiano no acoge la figura de la *querella máxima* a que en este número me refiero.

B) NOTAS: (4) Reseña mía del folleto de W. GOLDSCHMIDT, ahora en "Miscelánea Procesal" tomo I (México, 1972), pp. 240-2. (11) MARQUES, ob. cit., 2^a ed. (São Paulo, 1959), pp. 84-94.— (15) La gestación del volumen de BELLAVISTA sobre *Il processo penale monitorio* determinó, a pedido suyo, un *informe* mío sobre el tema en el derecho español (enero de 1938), así como después de su aparición unos *comentarios* míos acerca de la institución y de la obra (agosto de 1939), publicados aquél y éstos en mis "Ensayos de Der. Proc." (Buenos Aires, 1944), bajo el título de *Acerca del juicio monitorio penal*, pp. 235-51. Véase también mi libro *Cuestiones de terminología procesal* (México, 1972), núm. 105.— (22) Puntualizo: en realidad, ALSINA habla de *litigio* en el lugar mencionado en esta nota, si bien presentado como "conflicto de intereses", y reitera su posición en la 2^a ed., tomo I (Buenos Aires, 1956), p. 26.— (23) Para la crítica de la teoría de GUASP acerca de la pretensión, véase ATTARDI, *Processo e pretesa in una recente concezione dottrinale*, en "Jus", 1952, pp. 412-21, y ALCALÁ-ZAMORA, *Concepciones menores naturaleza del proceso* (ahora, *infra*, *Estudio Número 8*), núms. 34-7.— (33) El art. 3º de la vigente ley de organización de tribunales del Distrito Federal, de 1968, reitera a la letra el contenido del también 3º de su antecesora la de 1932.— (40) Reseñas mías de las obras: a) de VILLALÓN IGARTÚA, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 346-7, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 263-4, y b) de PODETTI, en "Jurisprudencia Argentina" de 24-XII-1942, y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 669-79.— (41) Sobre "los problemas procesales de 'El alcalde de Zalamea'", véanse mis *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961); núms. 34-9.— (50) Con anterioridad a las *Istituzioni* de CALAMANDREI, ya CRISTOFOLINI había presentado la declaración de quiebra *ex officio* como un ejemplo típico de *jurisdicción sin acción*, figura cuyo reverso, según el propio autor, sería la *acción sin jurisdicción*, es decir, los casos excepcionales en que el legislador autoriza la autotutela: cfr. su artículo *La dichiarazione del proprio disesso nel processo di fallimento*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1931, I (pp. 321-41), p. 331.— (56) Reimpresión de mis *Bases uniformación arbitraje*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 15, julio-septiembre de 1954, pp. 97-105.— (63) Absurdamente, y además como privilegio injustificado a favor del demandado (contrario en absoluto al principio de igualdad de armas, o de oportunidades, en el proceso), la recusación sin causa fue incorporada al art. 172 cód. proc. civ. distrital por obra de la reforma de 30-XII-1966.— (67, 218, 223 y 296) Oficialmente al menos —aunque de hecho no haya vuelto a funcionar desde entonces—, la ley española de 1888 relativa al Jurado no fue *derogada* (como se lee en las notas 67, 218 y 223), sino tan sólo *suspendida* (cfr. nota 296), por obra del decreto de 8-IX-1936.— (68) Procesos entre litigantes de diversa nacionalidad: recuérdese el enjuiciamiento romano ante los *recuperatores*.— (69) Al parecer, también por motivos raciales, sólo que de signo contrario al recogido en esta nota, en Haití los jueces negros propenden a fallar en contra de los blancos, en las contiendas que los enfrentan con litigantes del mismo color que el juzgador.— (70) El real decreto-ley de 1926 sobre redención de foros, ha sido derogado por la disposición final 3^a de la "Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia" de 2-XII-1963, cuyo art. 42 atribuye competencia exclusiva para conocer de tales demandas al juez de primera instancia, sin acompañamiento de vocales de ninguna clase.— (78)

Estudio de LORETO sobre la *asesoría*: reimpresso últimamente en sus "Ensayos Jurídicos" (Caracas, 1970), pp. 541-53.— (79) *Proceso y democracia*, traducción de FRX ZAMUDIO (Buenos Aires, 1960): cfr. pp. 71-83.— (80) Reimpresiones de mi *Anteproyecto* (además de la versión mimeografiada: México, 1953): a) en "Foro Hondureño", enero-mayo de 1955 —pero, en realidad, varios años después—, pp. 137-89, y b) en mis "Estudios Der. Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 201-90.— (83) Reseña mía del libro de BUZAI, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 321-2, y ahora, en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 236-7.— (9?) Mis dos citados trabajos, ahora en "Estudios Der. Probat.", cit., pp. 29-52 y 79-89, respectivamente.— (94) La prescindencia de la fase demostrativa o probatoria, aunque prevista por el legislador, rara vez se presenta en la práctica: cfr. SENTÍS MELENDO, *Reseña de libros sobre materia probatoria*, en "Rev. Der. Proc.", española, octubre-diciembre de 1964 (pp. 159-91), p. 170, nota 30.— (95) Reseña del folleto de FAIRÉN, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 218-9, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 325-6.— (96) *La prueba civil*, traducción de ALCALÁ-ZAMORA (Buenos Aires, 1955): cfr. p. 81.— (99) Deslinde entre *sentencia definitiva* y *sentencia firme*: véase el núm. 128 de mis *Cuestiones terminología*, cit.— (105 y 233) Acerca de las cuestiones que suscita el art. 34 cód. proc. civ. distrital, véase mi estudio *Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano*, en "Rev. Der. Proc. Iberoam.", 1970, pp. 475-525.— (106 y 227) *El juicio penal truncado* se ha reimpresso, en volumen independiente, como *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962). Acerca de su baja en el enjuiciamiento cubano, cfr. PORTUONDO Y DE CASTRO, *Evolución histórica del proceso criminal en Cuba*, sobretiro de la "Rev. del Colegio de Abogados de La Habana", núms. 83-84 (La Habana, 1953), p. 12.— (108) Reseña mía del libro de FORNATTI, ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 356-9.— (109) *Prueba retardada*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español*, en "Estudios Der. Probat.", cit., pp. 183-6, así como *Cuestiones terminología*, cit., núm. 156.— (129) Reseña mía del libro de SATTA, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 1-2, enero-junio de 1951, pp. 337-9, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 253-6.— (125) Acerca del contraste entre *tramitación y decisión*, véase ahora el núm. 111 de mis *Cuestiones terminología*, cit.— (126) Reseña mía del folleto de COHN, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núms. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 416-8, y ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 183-4.— (128) Acerca de las distintas posturas de CALAMANDREI con respecto a la naturaleza de las *sentencias constitutivas*, cfr. *supra*, *Estudio Número 2*, punto 21 y nota 95. En cuanto al trabajo de LORETO, lo ha reimpresso tanto en sus "Estudios Der. Proc. Civ.", cit., pp. 163-81, como en sus "Ensayos Jurídicos", cit., pp. 77-95.— (129) En la actualidad, ya no rige en Polonia el cód. proc. civ. de 1930-33, sino el de 1964-5: cfr. JODŁOWSKI, *Procédure civile*, en la obra "Introduction à l'étude du droit polonais" (Varsovie, 1967; pp. 381-434), pp. 381 y 387-8.— (131 y 134) Las tareas de los *jueces ejecutores* fueron eliminadas en el cód. proc. civ. distrital por la reforma de 30-XII-1966, y en consecuencia con ella, la nueva ley de organización judicial de 1968 guarda absoluto silencio acerca de ellos: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Tríptico procesal mexicano*, en "Rev. Argentina Der. Proc.", abril-junio de 1971 (pp. 161-76), p. 163.— (133) En lugar de los arts. 30, 51, 60, 76 y 90 de la ley de organización judicial distrital de 1932, véanse ahora los arts. 28, 47, 50, 62 y 74 de la vigente de 1968.— (141) *Anticrisis forzosa*: véase ahora el núm. 51 de mis *Cuestiones terminología*, cit.— (145) La ley española de 1933 relativa a vagos y maleantes ha sido reemplazada por la de peligrosidad social de 1970.— (165, 169, 193, 194, 195 y 197) Las referencias que en ellas se hacen a pp. de la 1^a ed. de *Proceso, autocomposición*, cit., se corresponden con las de la 2^a (México, 1970) que a continuación de las llamadas en cuestión menciono entre paréntesis: 165

(204-10), 169 (16-9), 193 (12-6), 194 (80-2), 195 (50-2) y 197 (241).— (173) *Proceso con una sola parte* lo sería, finalmente, con todas las salvedades inherentes a su discutible caracterización como figura procesal, el que se desenvuelve ante el llamado *tribunal de la penitencia*, con el confesante en papel de *autoacusado* ("Yo pecador..."; *mea culpa*) y el confesor (órgano monocrático) en el de juez.— (176) Acerca del coadyuvante contemplado como *subparte*, véanse la nota 952 y el número 150 de mis *Cuestiones terminología*, cit.— (180) Reseña mía del libro de PODETTI, ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 167-73.— (185) *Defensorías de oficio* en Argentina: *rectius*, de "pobres y ausentes": cfr. ALSINA, *Tratado*, 1^a ed., cit., vol. I, pp. 520-2; ed. 2^a, vol. II, 1957, pp. 366-9.— (188 y 251) Más datos sobre el *procesamiento*, en el núm. 149 de *Cuestiones terminología*, cit.— (199) Mi artículo sobre *La obligación de decir verdad*, se reproduce en "Estudios Der. Probat.", cit., pp. 53-6.— (202) El cód. proc. pen. chileno de 1906 (edición de 1957) admite expresamente la *reformatio in pejus*, tanto en apelación (art. 528) como en casación (art. 548). Acerca del tema, últimamente AYÁN, *La prohibición de la "reformatio in pejus"*, en "Cuadernos del Instituto de Derecho Procesal", de la Facultad de Derecho de Córdoba (Argentina), 1969, núm. 2, pp. 159-75.— (205) Reseña mía del libro de GLÜCKLICH, primero en la "Revue Internationale de la Théorie du Droit", 1939, núms. 1-2, y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 627-8.— (232) Además, conforme al art. 462 cód. proc. civ. distrital, cuando el crédito a cobrar esté garantizado con hipoteca, el acreedor podrá optar entre el juicio hipotecario, el ejecutivo (del que el primero es una variante perfectamente suprimible) o el ordinario.— (223, 244 y 288) El código de instrucción criminal francés de 1808 ha sido reemplazado por el vigente de procedimiento penal de 1957-58.— (261) Acerca de la equiparación carnelutiana entre el verdugo y el cirujano, véase lo que digo en *Estampas procesales*, cit., pp. 99-101.— (264) Reseña mía del artículo de DE DIEGO LORA, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 25, enero-abril de 1956, pp. 325-6.— (271 y 280) Véase mi artículo *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1961, núm. 40, pp. 37-64.— (280) Acerca del promotor de la justicia en el proceso canónico, cfr. DELLA ROCCA, *Il difensore del vincolo e il promotore de giustizia*, en sus "Appunti sul processo canonico" (Milano, 1960), pp. 39-46; reseña mía de dicha obra, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 45, enero-marzo de 1962, pp. 180-2, y ahora, en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 527-30.— (291) El nuevo cód. proc. pen. de Córdoba de 1970, ya no habla de "instrucción sumaria", sino, como el de Mendoza de 1953, de "citación directa" (arts. 418-31). Rectifico la afirmación relativa a la falta de nombre de la fase de instrucción a cargo del ministerio público en México: en el cód. proc. pen. federal de 1934 se la designa como *averiguación previa a la consignación* (cfr. art. 1^o, frac. I, y encabezamiento de los títulos II y V); pero no está bien perfilada, y se presta a todo género de cubileteos y aun de abusos por parte de los funcionarios integrantes del susodicho cuerpo: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, cit., núms. 9, 22, 25-7, 29 y 37.— (301) Acerca del excesivo celo del fiscal sacado a las tablas por don Ramón DE LA CRUZ, véanse las pp. 110-3 de mis *Estampas procesales*, cit.