

CAPÍTULO IV: FICHAS TRASPAPELADAS (Núms. 144-150; notas 993-1061)	190
<i>144) Daños: condena “a los” o “en” (993-100)</i>	190
<i>145) Disponibilidad respecto del litigio y dispositividad en cuanto al proceso (1001-1007)</i>	191
<i>146) Equivalentes jurisdiccionales (1008-1018)</i>	192
<i>147) Jurisdicción voluntaria: terminología impropia (1019)-1032</i> . . .	195
<i>148) Órganos parajudiciales (1033-1042)</i>	197
<i>149) Procesamiento (1043-1055)</i>	199
<i>150) Subparte y subrecurso (1056-1061)</i>	201

CAPÍTULO IV: FICHAS TRASPAPELADAS *

144) *Daños: condena “a los” o “en”*; 145) *Disponibilidad respecto del litigio y dispositividad en cuanto al proceso*; 146) *Equivalentes jurisdiccionales*; 147) *Jurisdicción voluntaria: terminología impropia*; 148) *Órganos parajudiciales*; 149) *Procesamiento*; 150) *Subparte y subrecurso*.

144) *Daños: condena “a los” o “en”*.⁹⁹³ Si al mejor cazador a veces se le escapa una liebre, no nos sorprenda que a tan magnífico e infatigable traductor de obras jurídicas italianas, como lo es Sentís Melendo, se le haya deslizado *un gazapo* (no en sentido zoológico, sino literario) al trasladar al castellano un artículo de Calamandrei, el titulado *La condanna “generica” ai danni*,⁹⁹⁴ que ha vertido como *La condena “genérica” a los daños*.⁹⁹⁵ Ahora bien: ¿es correcto el reemplazo de la preposición *en* por *a*? Considero que no: ni genérica ni específicamente se condena *a* los daños, sino *al* causante o responsable de los mismos, a fin de que satisfaga, a quien los haya sufrido o tenga derecho a percibirla, la reparación correspondiente. Por tanto, la expresión adecuada

* Debido a la forma como este libro se ha compuesto —en diversos sitios y teniéndolo que interrumpir a cada paso para atender a la organización del Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal (Méjico, D. F., 12-18 de marzo de 1972)—, la presente *ficha* y las seis siguientes, que deberían haber figurado en los lugares oportunos del capítulo III, se me traspapelaron, y cuando las recuperé, ya totalmente mecanografiado el manuscrito, su inserción en aquéllos habría exigido no sólo recopilar el trabajo en gran parte, sino, sobre todo, una penosa labor de rectificación de números, llamadas, notas y remisiones, en momentos en que andaba, y ando, muy falto de tiempo. Así las cosas, la solución era incorporar las siete fichas a un capítulo *ad hoc*, inmediatamente después del tercero.

⁹⁹³ Redactada en mayo de 1972, aunque insinuada la crítica que luego desenvuelvo, al reseñar en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, cit. núm. 30, abril-junio de 1946 (pp. 304-8), p. 305, *Tres traducciones de Calamandrei, una de Millar y otra de D’Onofrio*; luego, en *Miscelánea*, cit. (*supra*, nota 10), tomo I (pp. 7-11), p. 8.

⁹⁹⁴ Publicado en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, cit., 1933, I, pp. 357-87, y reproducido en sus “Studi sul Processo Civile”, tomo III (Padova, 1934), pp. 221-52.

⁹⁹⁵ Como “Apéndice Primero” (pp. 147-79) del volumen *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, con Prólogo de COUTURE (Buenos Aires, 1945). El original italiano, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936) —*supra*, núm. 115—, apareció sin los dos apéndices que se insertan en la edición argentina.

sería condena *al pago* o a la *reparación* de los daños, o, más brevemente, condena *en daños*. Y así sucede con una tan próxima a ella cual la *condena en costas*, no sólo en español, donde la denominación condena *a las costas* resultaría hasta equívoca,⁹⁹⁶ sino en italiano, donde la clásica monografía de Chiovenda, autor tan cuidadoso del lenguaje,⁹⁹⁷ no se llama *La condanna alle spese*, como tampoco los trabajos suyos que a ella condujeron,⁹⁹⁸ sino *La condanna nelle spese*.⁹⁹⁹ Y creo que el respaldo de Chiovenda, maestro de Calamandrei,¹⁰⁰⁰ quien por su parte lo fue de Sentís, constituye para mí el mejor aliado, en esta cordial objeción de un *castellano nuevo*, como yo, a un *castellano viejo*, como él. Hecha la aclaración de que los adjetivos “nuevo” y “viejo” no guardan aquí relación alguna con la edad respectiva, que allá allá se van, y sí tan sólo con la región española en que cada uno de nosotros nació.

145) *Disponibilidad respecto del litigio y dispositividad en cuanto al proceso*.¹⁰⁰¹ Aun cuando *dispositividad* sea un neologismo,¹⁰⁰² prefiero valerme de él, para reflejar su directa derivación del verbo *disponer* y su también entronque inmediato con el substantivo *disposición*, los cuales operan asimismo respecto del principio de *disponibilidad*. Dicho de otro modo: ambas máximas giran alrededor de la facultad de *disponer* que a las partes se confiere, y la diferencia hay que establecerla en atención a su objeto, o sea al contraste entre

⁹⁹⁶ Aludo, como es natural, a su significado más frecuente, o sea como sinónimo de orillas del mar.

⁹⁹⁷ Revelado, por ejemplo, en su estudio *Intorno ad un errore di stampa* (en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1932, I, pp. 168-73), mediante el que refutó el comentario jurisprudencial de RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecondi: “negoziò” e “rapporto processuale”*, en rev. cit., 1930, II, pp. 191-7.

⁹⁹⁸ A saber: *Le spese nel processo civile romano* (1894), *La Pubblica Amministrazione e la condanna nelle spese davanti la IVa. Sezione del Consiglio di Stato* (1896), *La condanna nella spese di lite in diritto romano* (1899) y *Della condanna nelle spese a favore del procuratore* (1899): cfr. ANDRIOLI, *Nota Bibliografica*, en el folleto de CALAMANDREI, *In memoria di Giuseppe Chiovenda* (Padova, 1938), pp. IX-X.

SENTÍS podría, eso sí, parapetarse tras el artículo 482 cód. proc. pen. italiano de 1930, que tanto en su epígrafe como en su texto habla de “condanna alle spese e ai dani in caso di proscioglimento”; pero por las razones que arriba expongo, prefiero el criterio chiovendiano al del mencionado precepto.

⁹⁹⁹ Primera edición: Torino, 1900; segunda: Roma, 1935; traducción de J. A. DE LA PUENTE Y QUIJANO, *La condena en costas* (Madrid, 1928), precedida de un estudio sobre José Chiovenda (pp. 5-22) y acompañada de *Notas y concordancias con el derecho español*, uno y otras debidos a J. R. XIRAU.

¹⁰⁰⁰ Y de muchos más: cfr. LIEBMAN, *El maestro nuestro y de todos*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1947, 1a. parte (“A la memoria de Giuseppe Chiovenda en el décimo aniversario de su muerte”), pp. 507-13.

¹⁰⁰¹ Proviene de la nota 71 de mi trabajo *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, cit. (*supra*, nota 4), pp. 577-8 del “Bol. Mex. Der. Comp.”, o p. 27 del sobretiro de “Studi Santoro-Passarelli”. Son nuevas las notas 1002, 1003 y 1006.

litigio y *proceso*.¹⁰⁰² Y esa esencial nota común se esfuma cuando en la denominación de una de ellas se elimina la idea de *disponer* o de *disposición*, para reemplazarla por otra: así, por Carnacini, cuando acoge la terminología alemana y enfrenta *Dispositionsmaxime* y *Verhandlungsmaxime*,¹⁰⁰⁴ o por Prieto Castro, cuando distingue aunque no con la necesaria nitidez, el principio *dispositivo*, por un lado, y el de *controversia* o *controversial*, por otro,¹⁰⁰⁵ con olvido, además, de que *controvertir* (sinónimo de *discutir*) no expresa, en manera alguna, la idea de *disponer*, que es sobre la que ha de cargarse el acento en las dos direcciones. En definitiva, *dispositividad* y *disponibilidad*¹⁰⁰⁶ se relacionarían íntimamente con los dos que, a mi entender, constituyen los elementos objetivos de la acción, es decir, la *instancia* y la *pretensión*.¹⁰⁰⁷

146) *Equivalentes jurisdiccionales*.¹⁰⁰⁸ Como es sabido, así designa Carnelutti una serie de figuras que sirven para obtener la finalidad característica del proceso jurisdiccional, o sea la composición (en el sentido de solución) de los conflictos.¹⁰⁰⁹ Con especial referencia, claro está, al cuadro del derecho italiano, pero en términos generales acoplable a otro cualquier ordenamiento, la rela-

¹⁰⁰² No registrado en el *Diccionario de la Lengua*, cit., 19a. ed., pp. 486, col. 3a. y 1392, col. 1a.; pero la idea de *dispositividad* se extrae sin dificultad de diversos ensayos como el célebre de Bülow, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (en "Archiv. für die Civilistische Praxis", tomo 64, 1861), especialmente las pp. 1, 2, 8, 15, 16, 44, 99 y 100, o el de Liebmán, *Fondamento del principio dispositivo*, en "Riv. Dir. Proc.", pp. 551-65; así como, *a sensu contrario*, el término *disponibilidad* se infiere del volumen de Franco Negro, *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale: Parte prima: L'indisponibilità giuridica* (Padova, 1950); reseña mía, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 13, enero-marzo de 1954, pp. 179-80, y luego en *Miscelánea*, cit., tomo I, pp. 346-8.

¹⁰⁰³ Fundamental en el pensamiento de CARNELUTTI: cfr. *supra*, núm. 103 y especialmente la nota 581.

¹⁰⁰⁴ Cfr. su trabajo *Tutela jurisdiccional*, cit. (*supra*, nota 79), núm. 6, *passim*. Reseña mía del sobretiro italiano (Milano, 1950), en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 8, octubre-diciembre de 1952, pp. 216-8, y luego en *Miscelánea*, cit., tomo I, pp. 322-4. Traducción del ensayo, en rev. cit., núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182.

¹⁰⁰⁵ Cfr. *Principios políticos y técnicos para una ley uniforme* ("procesal civil hispanoamericana", habría tenido que añadir), en "Actas Congreso Iberoam. Der. Proc.", cit. (*supra*, nota 278) —pp. 129-237—, pp. 221-5.

¹⁰⁰⁶ Véanse las manifestaciones de una y otra que menciono en *Liberalismo*, cit., pp. 31-40 del texto aparecido en Italia o 580-7 del publicado en México.

¹⁰⁰⁷ Cfr. mis *Enseñanzas acerca de la acción*, cit. (*supra*, nota 131), núms. 23-25 y 28-31.

¹⁰⁰⁸ Los tres primeros apartados provienen de mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, pp. 205-7, mientras que los dos últimos los he redactado en mayo de 1972. Son nuevas las notas 1011-4 y 1016 y modificadas la 1017 y la 1018.

¹⁰⁰⁹ Cfr. *Sistema*, núm. 49 (tomo I, p. 183, de la traducción), en relación con los posteriores, hasta el 60 inclusive.

ción de *equivalentes jurisdiccionales* que presenta es la siguiente:¹⁰¹⁰ el *proceso extranjero* (o más exactamente, los requisitos para declarar ejecutable la sentencia extranjera, sea de juzgadores públicos o privados), el *proceso eclesiástico* (o mejor dicho, el examen de los presupuestos para reconocer eficacia a las sentencias de la Iglesia católica en las causas sobre nulidad de matrimonio), la *autocomposición* (en sus tres formas: renuncia, allanamiento y transacción),¹⁰¹¹ la *composición procesal* (que, en realidad, se confunde con la anterior, ya que el resultado jurídico material que se obtenga es el mismo, se logre dentro o fuera del proceso), la *conciliación (rectius)*: el intento de conseguirla, que a mi entender, o desemboca en fracaso, y no puede reputarse “equivalente jurisdiccional”, o prospera, y entonces —salvo que el juez que la presida la desnaturalice, actuando no de conciliador, sino de coaccionador— se reducirá a una cualquiera de las mencionadas formas de autocomposición) y, finalmente, el *compromiso* (es decir, la intervención de jueces privados). Nota común a todas las figuras enunciadas es la de que en ellas la decisión del conflicto se obtiene *sin la participación del juzgador nacional público*, o bien con su presencia, pero sin que actúe concretamente como funcionario jurisdicente (así, en los supuestos de conciliación y de composición procesal, en que se conduce como avenidor entre las partes y como homologador del resultado, mas no como juez del litigio).

Nada he de objetar a la denominación en sí, ni al enunciado de su concepto, pero sí a la extensión que su formulador le asigna. En efecto, tras las aclaraciones consignadas entre paréntesis a continuación de cada uno de los posibles equivalentes, se comprueba que la lista de Carnelutti se reduce, en rigor, a los procesos extranjero y eclesiástico, a la autocomposición y al arbitraje. De esas hipótesis, la autocomposición más debe contemplarse como *excluyente*¹⁰¹² que no como *equivalente* del proceso jurisdiccional, aunque sirva para satisfacer su misma finalidad, que también puede ser alcanzada en ocasiones mediante la *autodefensa*.¹⁰¹³ Es indudable, en cambio, la cualidad de

¹⁰¹⁰ A mi entender, podrían considerarse asimismo equivalentes jurisdiccionales los *títulos ejecutivos contractuales*: véase mi reseña del folleto de LIEBMAN, *Execução e ação executiva* (cit., *supra*, núm. 114), en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1944, II, pp. 94-6.

¹⁰¹¹ “Renuncia”: léase, *desistimiento*. Para el estudio de las tres figuras, véanse mis siguientes trabajos, los tres citados en las notas que a continuación de sus títulos abreviados indico: *Allanamiento penal* y *Unilateralidad del desistimiento* (ambos, *supra*, nota 68) y *Proceso, autocomposición* (*supra*, nota 142).

¹⁰¹² Especialmente la *preprocesal*, que podría eliminar en absoluto la futura intervención del juzgador; y de provocarse ésta no obstante haberse producido aquélla, la parte a quien interese podrá aducir la correspondiente excepción, con efectos equiparables a la de cosa juzgada (cfr., verbigracia, en orden a la transacción, el art. 1816 del código civil español o el 2953 del mexicano federal y distrital).

¹⁰¹³ Aunque ésta requiera, como regla, ser homologada a través del proceso: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., 2a. ed., núms. 28, 32, 37 y 101.

equivalente del proceso extranjero, desenvuelto ante una jurisdicción tan genuina como la del Estado que luego declara ejecutable la sentencia recaída, pero que debido a la normal detención del poder jurisdiccional en las fronteras nacionales,¹⁰¹⁴ carece de fuerza proyectora, por decirlo así, más allá de las mismas y necesita, por tanto, ese ulterior reconocimiento o ratificación que le otorga la jurisdicción donde ha de ejecutarse. Queda, pues, por dilucidar la condición de *equivalente* del proceso eclesiástico y del arbitraje.

El caso del *proceso eclesiástico* varía según que se trate de Estados que atribuyan o no eficacia a las decisiones de los tribunales canónicos. En los primeros,¹⁰¹⁵ es innegable el carácter de equivalente jurisdiccional, aunque, por supuesto, sólo respecto de las materias expresa y taxativamente autorizadas por el Estado. En los segundos, no es que no pueda funcionar marginalmente una llamada jurisdicción eclesiástica, sino que sus decisiones no tienen trascendencia en la esfera estatal.

En cuanto al *arbitraje*, y sin ocuparme aquí de otros extremos, que me desviarían demasiado,¹⁰¹⁶ me limitaré a señalar la flagrante contradicción de Cornelutti cuando tras etiquetarlo primero como equivalente jurisdiccional, se muestra luego, en el propio *Sistema*, entre los más decididos partidarios de la concepción jurisdiccionalista del mismo.¹⁰¹⁷ Porque una de dos: o el arbitraje

¹⁰¹⁴ Con las excepciones, antaño, del llamado (con una denominación de doble filo) *régimen de capitulaciones*, no sólo en Asia y África, sino inclusive en países de Europa y de América: cfr. KLINGHOFFER, *British Jurisdictional Privileges in Spain, Portugal and Brazil: A Historical Reminiscence* (en "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", 1953, pp. 507-24); reseña mía en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 14, abril-junio de 1954, p. 213, y luego en *Miscelánea*, cit., tomo I, p. 248. Véase también ALCALÁ-ZAMORA, *Bases para unificar la cooperación procesal internacional* (La Habana, 1957), pp. 57-8 y 100-1.

¹⁰¹⁵ Verbigracia: Italia después del concordato de 1929 y España antes de 1931 y luego a partir de 1938, singularmente desde el concordato de 27 de agosto de 1953, con proyecciones inclusive penales (escandalosa intromisión de los obispos en el ejercicio de la jurisdicción estatal respecto de clérigos o religiosos: cfr. art. XVI, núm. 4, que parece será reemplazado por uno menos insensato, a saber: el art. XIV, núm. 3, del anteproyecto actualmente en discusión: cfr. MONTES REYES, folleto cit., *supra*, nota 972, p. 23, nota 33).

¹⁰¹⁶ Por ejemplo: teorías explicativas acerca de su naturaleza (contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas) —cfr. mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, p. 208, nota 33—. Bueno será advertir que por su índole esencialmente doctrinal, tal cuestión no es susceptible de ser zanjada mediante declaración legislativa, como la formulada a favor de la concepción contractualista por la exposición de motivos de la ley española de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de derecho privado, en relación con el artículo 5 de la misma.

¹⁰¹⁷ Al diferenciar nítidamente la *atribución del poder* (o sea la *institución*), que procede *siempre del Estado* y es, por tanto, *pública*, y la *determinación de la persona* a quien se confiere aquél (es decir, la *designación*), que puede encomendarse a las

constituye un auténtico equivalente jurisdiccional, y entonces no cabe que se traduzca en ejercicio de actividad jurisdicente, o sucede lo contrario, y en tal caso la idea de equivalencia sale sobrando: no resulta posible combinar o asociar dos posiciones que son, por definición, antagónicas. Puesto a optar entre ellas, me quedo sin vacilar con la segunda, por razones que mediante nota resumo.¹⁰¹⁸

Y aquilatando más, las dos nociones carneluttianas de *autocomposición* y de *equivalente jurisdiccional* se reducirían, en rigor, a una sola, ya que en las otras tres hipótesis (proceso extranjero, idem eclesiástico y arbitraje) media tan sólo reparto de actividades —cognoscitivas (*supra*, núm. 65), por un lado, y homologadoras y ejecutivas, por otro— entre dos jurisdicciones u órganos jurisdiccionales distintos: extranjero y nacional, eclesiástico y estatal, privado y público.

147) *Jurisdicción voluntaria: terminología impropia*.¹⁰¹⁹ Cuando hace más de una veintena de años, en el homenaje a Redenti¹⁰²⁰ me enfrenté con los *partes* y es entonces *privada*: cfr. *Sistema*, núm. 219, tomo II, pp. 246 y 251 de la traducción.

¹⁰¹⁸ Para negarle carácter jurisdiccional al arbitraje, habría que reputarlo institución de derecho privado; pero ¿cómo se explica entonces que su encuadramiento se determine, bajo pena de nulidad, por normas de derecho público, cual las de los códigos procesales [la misma ley española de 1953 —*supra*, nota 1016— se ve obligada a remitirse, en sus artículos 27, 28, 30 y 31, a la de enjuiciamiento civil, en extremos tan importantes, como la prueba, la casación y la ejecución]; que los árbitros puedan requerir el auxilio de los jueces estatales; que éstos queden obligados a ejecutar sus laudos; que la excepción de compromiso equivalga, según los casos, a la de incompetencia o a la de litispendencia y que la de cosa juzgada se refiera por igual a sentencias y a laudos —*supra*, núm. 129—; que un proceso iniciado ante jueces públicos se pueda desplazar ante jueces privados y que, por el contrario, la impugnación de los laudos se lleve ante los tribunales del Estado? Demasiadas preguntas, que con dificultad responderán los defensores de la interpretación privatista del arbitraje: ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, tomo I, p. 209 (salvo el paréntesis rectangular, intercalado ahora).

¹⁰¹⁹ Proviene de mi ensayo *Premisas jurisdicción voluntaria*, cit. (*supra*, nota 308), núms. 4, 9 y 41. En la versión aparecida en “Jus” de México figura una nota, la 176 de la página 387, intercalada sin mi conocimiento ni mi consentimiento por la “Redacción de la Revista” y, por añadidura, absolutamente innecesaria. Son nuevas las notas 1020, 1021 y 1024 y ampliada la 1032.

¹⁰²⁰ A efectos cronológicos, y en relación con las *fichas* que se registran en la nota 308, conviene aclarar: a) que pese a llevar fecha “1951”, los *Studi in onore di Redenti* se entregaron al homenajeado en Bolonia el 4 de octubre de 1950, que es también el año que consta al pie de los sobretiros distribuidos a los colaboradores; b) que, por el contrario, el número 123 de “Jus”, revista que venía publicándose con gran retraso, no apareció en 1948, sino en 1950; y c) que según expresa su colofón, el tomo de la “Rev. Der. Proc.” argentina correspondiente al año 1949, se acabó de imprimir el 25 de marzo de 1950. Quiere decir ello que las tres versiones vieron la luz en 1950 y no en 1948 (“Jus”), 1949 (“Rev. Der. Proc.”) y 1951 (“Studi Redenti”).

arduos problemas que suscita el análisis de la seudo jurisdicción voluntaria,¹⁰²¹ sostuve que “por aquello de pequeñas causas, grandes efectos”, un conjunto de factores, “ya que no minúsculos, sí secundarios, ha entorpecido sobremanera las indagaciones” acerca de la misma;¹⁰²² y entre ellos contemplé el del empleo de una *terminología impropia* en sus dominios, a la que paso a referirme.

En mayor medida, claro está, cuando los procedimientos de ambas zonas se asocian en los códigos procesales, pero también cuando son objeto de cuerpos legales diferentes,¹⁰²³ la jurisdicción voluntaria judicial¹⁰²⁴ suele usufructuar la terminología propia de la jurisdicción contenciosa. Esta circunstancia crea una falsa impresión de semejanza y nexo, acorta de manera artificial la distancia entre los dos sectores y engendra confusiones, que cabe y conviene evitar mediante el uso de un léxico distinto. Como dije a propósito del derecho hispano-cubano, “que no se llame *demand a la solicitud*, ni *partes a los interesados o participantes*,¹⁰²⁵ ni *proceso al expediente*, ni *sentencia a la resolución...*, ni *apelación a la alzada* (si se admite)”, sino que se extienda “a toda la cadena de sujetos y actuaciones (*supra*, núm. 45) el agudo contraste que entre el *juicio* y el *acto* (o, mejor, el *negocio*)”¹⁰²⁶ como conceptos básicos de una y otra jurisdicción supo establecer el legislador español.¹⁰²⁷ Se sobrentiende, como es lógico, que las líneas entrecorbilladas no son de adaptación literal, sino analógica, al ámbito de otras legislaciones. En consecuencia, concebida la jurisdic-

¹⁰²¹ *Bibliografía fundamental sobre jurisdicción voluntaria*: véase la que menciono en *Eficacia provis. jurisd. vol.*, cit. (*supra*, nota 711), pp. 523-6 del “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.” o pp. 536-40 de “Atti 3o. Congreso Dir. Proc.”.

¹⁰²² Cfr. *Premisas*, cit., núm. 4.

¹⁰²³ Así, la ley alemana sobre la materia (*Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, de 17 de mayo de 1898) habla, por ejemplo, de *Entscheidungen* (*supra*, núm. 87), *Beschwerde* (*supra*, núm. 59), etc., lo mismo que la *Zivilprozeßordnung*.

¹⁰²⁴ Única que aquí me interesa. Acerca de si existe o no una jurisdicción voluntaria notarial o, más ampliamente, extrajudicial, cfr. *Premisas*, cit., núm. 17. En cuanto a la posibilidad de intercalar entre el proceso contencioso y la jurisdicción voluntaria un proceso sin litigio (propugnado en un tiempo por CARNELUTTI, DI SEREGO Y COUTURE), véanse *Premisas*, cit., núm. 31; *Prólogo mío a las “Lecciones Proc. Pen.” de Cornelutti*, cit. (*supra*, nota 581), pp. 3-5, y *Algunas concepciones naturaleza proc.* cit. (*supra*, nota 624), pp. 227-8.

¹⁰²⁵ Cfr. *Premisas*, cit., núm. 38, así como *infra*, núm. 150.

¹⁰²⁶ Cfr. *Premisas*, cit., núm. 31.

¹⁰²⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones ref. enjto. civ. cubano* (*supra*, nota 173), en “*Ensayos*”, p. 128, en relación con los artículos 4, 9, 10, 460, 1156, 1379, 1612, 1626, 1635, 1654, 1666, 1682, 1690, 1811 y ss., 1823-4, entre otros, así como con los epígrafes de los títulos II a V; IX, sec. 3a.; X, sec. 2a.; XV y XVII del libro II, y el de la segunda parte del libro III, de la ley de enjuiciamiento civil de España y Cuba. Véanse, además, la nota 105 de *Premisas*, y PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal* (Madrid, 1947), p. 278.

ción voluntaria como *un no proceso* (al que denominaría *expediente*),¹⁰²⁸ con finalidades diversas, y aplicada a la judicial el deslinde terminológico que acabo de propugnar, llegaríamos a la conclusión de que entre ella y el proceso contencioso, si bien existen algunos importantes elementos comunes, y como más destacados los de procedimiento¹⁰²⁹ y competencia (quizás por no estar ninguno de los dos monopolizado por el derecho procesal, aunque sea él quien los haya estudiado más a fondo),¹⁰³⁰ median divergencias esenciales, que impiden contemplarlos como especies de un mismo género y que condenso en el siguiente cuadro terminológico:

PROCESO (Contencioso): *Litigio*¹⁰³¹ —*Partes*—*Acción*—*Demanda*—*Jurisdicción*—*Juzgador*—*Sentencia*.

EXPEDIENTE (Voluntario): *Negocio*—*Participantes*—*Pedimento*—*Solicitud*—*Atribución*—*Funcionario judicial*—*Resolución*— (o *Acuerdo*).¹⁰³²

148) Organos parajudiciales.¹⁰³³ El nombre lo tomo de Carnelutti, pero le atribuyo 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,¹⁰³⁴ poseedores, en rigor, de otro significado,¹⁰³⁵ para mí, en

¹⁰²⁸ Cfr. *Premisas*, cit., núms. 9 y 31.

¹⁰²⁹ No en cuanto al desarrollo del mismo, que podría ser, desde idéntico o muy parecido (cfr. *Premisas*, cit., nota 161) a muy distante: véase indicación de diferencias formales entre ambos territorios, por ejemplo, en KISCH, *Deutsches Zivilprozeßrecht*, 3a. ed. (Berlín-Leipzig, 1922), tomo I, pp. 36-9; LENT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (Berlin, 1928), p. 6; IDEM, *Freiwillige Gerichtsbarkeit: 1 Buch, Allgemeines Verfahrensrecht* (Tübingen, 1955), pp. 161-9; MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, en “Riv. Dir. Proc.”, 1947, I (pp. 18-45), p. 23.

¹⁰³⁰ Serían asimismo comunes algunos otros conceptos e instituciones, como los de capacidad (para actuar ante una u otra jurisdicción), legitimación (aunque en la voluntaria, al no haber partes, será la activa la que predomine), prueba, impugnación (de admitírsela: cfr. *Premisas*, cit., nota 164) e incluso ejecución (cfr. *ob. cit.*, núms. 32 y 34), nociones que tampoco son propiedad exclusiva del derecho procesal, manifestándose todas ellas en el campo del derecho administrativo.

¹⁰³¹ Como expresión de antagonismo jurídico por lo menos inicial entre las partes, y sin perjuicio de que después se produzca entre ellas autocomposición.

¹⁰³² Cfr. *Premisas*, cit., núm. 41. Al hablar de “funcionario judicial”, quiero significar que pertenezca a la *judicatura* y no que en materia de jurisdicción voluntaria se comporte como verdadero *juzgador* (cfr. *supra*, núm. 102).

¹⁰³³ Proviene de *El antagonismo juzgador-partes*, cit. (*supra*, nota 120), núm. 63, pp. 69-70. Es nueva la nota 1039 y he ampliado la 1036 y la 1040.

¹⁰³⁴ 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).

¹⁰³⁵ La función conciliadora pertenece de lleno al cuadro de la jurisdicción volun-

cambio, lo son quienes, “sin 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”.¹⁰³⁶ Se hallarian, pues, los órganos parajudiciales en 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 extremo de que algunos son susceptibles de recusación, por estar obligados a desenvolverse con un mínimo de objetividad o de desinterés.¹⁰³⁷ 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:¹⁰³⁸ en las dos últimas hipótesis, su papel se encuentra a mitad de 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 manifiestan en el ámbito de los susodichos juicios universales,¹⁰³⁹ que en México fueron catalogados como de jurisdicción mixta,¹⁰⁴⁰ se tropieza con ellos en

taria, y de ser asumida por funcionario judicial, éste intervendrá tan sólo como juez en sentido orgánico. En cuanto a los organismos que, según los países, entienden en la concesión del patrocinio gratuito, de no ser simples oficios administrativos, habrá que considerarlos, o como verdaderos juzgadores, cuando el otorgamiento determine un litigio incidental (o “accidental”, como cree 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 (*supra*, núm. 102), pero sin que ante ellos se suscite con tal motivo contienda de ninguna clase.

¹⁰³⁶ ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt* en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1951, I (pp. 49-76), p. 55, nota 37. Es más: “no sólo toman acuerdos, sino que a veces su voluntad prevalece sobre la del mismo juzgador, como sucede, por ejemplo, en el derecho español en orden a la cantidad a conceder por razón de alimentos al concursado (cfr. art. 1317 ley enjto. civ.)”: ALCALÁ-ZAMORA, *Examen código Chihuahua*, cit., p. 112.

¹⁰³⁷ Tal ocurre con los síndicos del derecho español (cfr. art. 1221 ley enjto. civ.). Menos explícito en este punto el derecho mexicano: véanse los arts. 762 cód. proc. civ. distrital (respecto del concurso de acreedores) y 30, 31 y 42 de la ley de quiebras de 1942.

¹⁰³⁸ Cual sucede con los interventores, tanto en los juicios universales concursuarios (cfr. arts. 758 cód. proc. civ. mexicano distrital y 58 y ss. ley de quiebras), como en los sucesorios (cfr. art. 798 cód. proc. civ. cit.).

¹⁰³⁹ Acerca de los cuales he postulado una *interpretación procesalista*, esbozada en 1935 en un cursillo sobre *Ejecución procesal civil* (que no ha llegado a publicarse),

el terreno de la jurisdicción voluntaria¹⁰⁴¹ y hasta, alguna vez, en el de la netamente contenciosa.¹⁰⁴²

149) Procesamiento.¹⁰⁴³ No me voy a ocupar ahora de la institución en sí,¹⁰⁴⁴ aunque destacaré que mientras ha sido criticada en España, su país de origen,¹⁰⁴⁵ mereció elogios de Carnelutti, pese a haberla conocido, no a través del texto original,¹⁰⁴⁶ sino de una de sus adaptaciones americanas, la argentina, no muy feliz en el trasplante,¹⁰⁴⁷ y sí sólo de la conveniencia de que en Mé- recogida luego en mis *Adiciones al Der. Proc. Civ. de Goldschmidt*, cit. (*supra*, nota 232), p. 533 —de donde se la apropió ZALDÍVAR Y CORDERO para su conferencia *El juicio universal en nuestro derecho* (en “Anuario de la Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial”; La Habana, 1945), p. 44— y ampliada luego en *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 79: *Premisas jurisd. vol.*, cit. núm. 19, y *Examen código Chihuahua*, cit., núm. 183.

¹⁰⁴⁰ Por el código proc. civ. distrital de 1884 y los que le siguieron o todavía se inspiran en este punto en él en diversas entidades federativas de la República mexicana, a saber: los de México, de 1937, Tlaxcala, de 1928, y Yucatán, de 1941, libro IV en los tres: véase *supra*, nota 559.

¹⁰⁴¹ Aun cuando en parte modificados o derogados por disposiciones posteriores, de los códigos civil y de comercio o de leyes especiales, véanse los artículos 1904, 1923 y ss., 2037 y ss., 2062, 2073 y ss., 2096, 2132, 2164 y 2171 ley enjto. civ. española (juntas de interesados en diversos procedimientos voluntarios).

¹⁰⁴² 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. distrital mexicano y concordantes de los estatutales.

¹⁰⁴³ Redactada en mayo de 1972.

¹⁰⁴⁴ Para su estudio, véanse los trabajos que cito en *Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 37-40, enero-diciembre de 1960 (pp. 265-309), p. 295, nota 107, o en *Síntesis*, cit., p. 348, nota 753.

¹⁰⁴⁵ Por RUIZ GUTIÉRREZ, primero en *El procesamiento* (en “Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal” —Madrid, 1950—, pp. 383-439), pp. 423-39, y luego de manera más concreta en *El auto de procesamiento debe desaparecer* (en “Rev. Der. Proc.” española, 1965, núm. 2, pp. 273-83, y en “Estudios procesales en memoria de Carlos Viada” —Madrid, 1966—, pp. 473-83). A favor, en cambio, tras examinar contras y pros, JIMÉNEZ ASEÑJO poco antes, en *Ventura y riesgo del auto de procesamiento* (en rev. cit., 1964, núm. 4, pp. 657-71, y en “Estudios Viada”, pp. 271-85). Prescindiendo de antecedentes discutibles (como la *pronuncia* portuguesa o la confesión con cargos), el procesamiento arranca del artículo 280 de la ley de enjto. crim. española de 1872, de la que, a través del 543 de la compilación de 1879, pasó al 384 de la vigente ley de 1882 (cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, *El procesamiento*, cit., pp. 390-410).

¹⁰⁴⁶ Cfr. CARNELUTTI, *Auto de procesamiento*, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1948, I, pp. 216-8.

¹⁰⁴⁷ Véanse los artículos 2, 4, 133 y 254 del cód. proc. crim. de 1888 para la Federación y la Capital, aun no siendo suficientemente explícitos, y de manera expresa, los artículos 336-8 del de Córdoba de 1939/40 (en el actual de 1970, arts. 304-8) y los 258-66 del de Santiago del Estero de 1941, que fueron, sin duda, los que por razón de la fecha tuvo en cuenta CARNELUTTI en su mencionado artículo.

xico se adopte de una vez por todas el vocablo con que se la conoce en mi patria y en otras naciones hispánicas,¹⁰⁴⁸ en lugar de las denominaciones en él utilizadas, como *auto de formal prisión*, que a manera del legendario plato de ternera que no tenía ternera, puede dictarse sin que haya lugar a la misma,¹⁰⁴⁹ o como *auto de sujeción a proceso*,¹⁰⁵⁰ innecesariamente más larga, o como ambas,¹⁰⁵¹ cuando sin la menor dificultad pueden refundirse en una sola. En todo caso, y sin perjuicio de que sea revocado o de que vuelva a decretarse, según que los indicios racionales de criminalidad, en que se asienta, se desvanezcan o resurjan en un momento dado, el procesamiento sirve para *darle un destinatario a la instrucción*¹⁰⁵² y, por lo menos, una apariencia de contradictorio a la misma, aun sin erigirla en proceso entre partes.¹⁰⁵³ En este sentido, representa una garantía para el inculpado, e inclusive debería decretarse desde el primer instante, cuando los susodichos indicios existan desde el comienzo (delito flagrante, presentación espontánea del culpable, etcétera).¹⁰⁵⁴ Por último, siempre desde el

¹⁰⁴⁸ Como en los códigos argentinos citados en la nota anterior, o en Cuba. En la mayoría, sin embargo, el procesamiento se suele involucrar con otros conceptos, a la manera de la “declaración de reo” en Chile (cfr. arts. 246-7 y 250 cód. proc. pen. de 1906, texto de 1944) o del “auto de detención” en Venezuela (cfr. art. 73 cód. enjto. crim. de 1926).

¹⁰⁴⁹ Cfr. arts. 297-304 cód. proc. pen. distrital de 1931, así como, entre otros, los siguientes de los estadales: Durango, de 1945, arts. 294-8; Guerrero, de 1937, arts. 177-81; Hidalgo, de 1940, arts. 244-9; Michoacán, de 1962, arts. 342-53, o Nuevo León, de 1934, arts. 294-9.

¹⁰⁵⁰ Cfr. el artículo 162 del federal de 1934, el cual, en el 161, lo hace de “formal prisión”, determinando así la doble nomenclatura que recogen los códigos estadales registrados en la nota siguiente.

¹⁰⁵¹ Así, entre otros, en los de Jalisco, de 1934, art. 543; Oaxaca, de 1943, arts. 162-9; Puebla, de 1943, arts. 215-21; Sinaloa, de 1939, arts. 175-81; Sonora, de 1949, arts. 157-63; Tlaxcala, de 1957, arts. 153-9, o Veracruz, de 1947, arts. 157-63. Por su parte, el de Chihuahua, de 1937, arts. 265-72, lo hace de “auto de reclusión preventiva y de sujeción a proceso”. Véase también el título IV del texto de que trato en *Observaciones proyecto cód. proc. pen. Dist. (supra, nota 231)*, pp. 13-4.

¹⁰⁵² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Reforma enjto. pen. argentino*, cit. (*supra*, nota 410), núm. 35, p. 57. Mi tesis es compartida por LÓPEZ-REY en su *Proyecto cód. proc. pen. Bolivia*, cit. (*supra*, nota 116), p. 53.

¹⁰⁵³ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Síntesis*, cit. (*supra*, nota 118), p. 217.

¹⁰⁵⁴ La creencia de que el procesamiento sirve para darle un destinatario a la instrucción y una apariencia de contradictorio a la misma, no significa que en ella exista ya relación procesal (opinión de BARTOLONI FERRO en Argentina) ni que a la acción penal pueda asignársele un doble cometido (parecer de BELING en Alemania), puesto que la fase instructoria tiene carácter meramente preparatorio: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *En torno a la noción de proceso preliminar*, en “Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione”, vol. II —Padova, 1933; pp. 265-316—, pp. 304-10.

¹⁰⁵⁵ A poco de llegar a México, cuando todavía no conocía sus particularidades idiomáticas, quedé estupefacto al escuchar a una empleada universitaria decirme que

punto de vista terminológico, huelga decir que el *procesamiento* penal nada tiene que ver con el que por efecto de una pésima traducción de la palabra inglesa *process* se aplica, especialmente por burócratas y periodistas, al manejo y ordenación de datos, materiales, expedientes, substancias o productos, en muy diversas ramas de la actividad humana.¹⁰⁵⁵

150) *Subparte* y *subrecurso*.¹⁰⁵⁶ Si asocio en esta ficha los dos conceptos, perteneciente el uno al mundo procesal *subjetivo* y el otro al *objetivo*, ello se debe al elemento común que presentan, constituido por su primera sílaba, que imprime carácter a los dos, aun cuando el legislador no siempre haya captado la trascendencia del *prefijo* de ambos, en funciones de preposición inseparable. *Sub*, como es notorio, significa *debajo*, y denota, por tanto, posición de inferioridad, supeditación o secundariedad respecto de *alguien* (en el caso de la *subparte*) o de *algo* (en la hipótesis del *subrecurso*). No son, pues, términos con personalidad independiente, sino vinculados indisolublemente con los de jerarquía superior, es decir, el de *parte* y el de *recurso*, respectivamente. A uno y otro he tenido ya ocasión de referirme en el capítulo III de esta obra,¹⁰⁵⁷ y sólo me queda destacar el error del legislador al designar como *recurso* al *subrecurso de queja*, que se reduce a reclamar contra la denegación del medio impugnativo principal,¹⁰⁵⁸ y el todavía más grave, por no ser, como el anterior, meramente nominativo, de los códigos que a la manera en México del procesal civil para el Distrito y de sus concordantes estatales, permiten al *tercero coadyuvante* “continuar su acción y defensa aun cuando el principal desistiere”, así como “apelar e interponer los recursos procedentes”,¹⁰⁵⁹ perspectiva la úl-

una comunicación mía en respuesta a un cuestionario remitido días antes estaba siendo procesada... .

¹⁰⁵⁶ Redactada en mayo de 1972.

¹⁰⁵⁷ A *subparte* en el número 138 y a *subrecurso* en el 116. Añadiré que de *subprocedimiento* habla GALEOTTI (cfr. artículo suyo citado *supra*, nota 709) para designar un conjunto de actos diferenciados dentro de un procedimiento, pero carentes de autonomía estructural y funcional.

¹⁰⁵⁸ A saber: *apelación* en México cfr. art. 723, frac. III, cód. proc. civ. distrital y concordantes en los estatales; en cambio, el federal y los procesales penales de ambos sectores le llaman de “denegada *apelación*”: cfr. *supra*, nota 763, así como la 838 por lo que respecta al *amparo*; *apelación y casación* en España (cfr. arts. 310, 398-400, 1703-5 y 1755-7 ley enjto. civ. y 213, 218, 233-5 y 862 ley enjto. crim.). Al reseñar el *Proyecto Couture*, cit. (*supra*, nota 550), contemplé el recurso de queja como *remedio auxiliador* (cfr. p. 322; ahora, en *Miscelánea*, cit., tomo I, p. 24).

¹⁰⁵⁹ Así dicen las fracciones III y IV de su artículo 656. Comentando las disposiciones concordantes del artículo 786 del código de Chihuahua, manifesté acerca de cada una de ellas: a) “Resulta aquí el legislador más papista que el Papa, porque si, por definición, el coadyuvante ocupa una posición subordinada a la de la parte principal, no tiene sentido que si ésta desiste, él prosiga su pretensión o su resistencia. Lo que sí puede suceder es que la parte principal (originaria) desaparezca de la escena

tima expresamente prohibida, y con razón, por la legislación procesal administrativa española:¹⁰⁶⁰ lo contrario subvierte los términos de la relación entre él y la parte principal. Cosa muy distinta es que la subparte ascienda a parte principal, bien junto a ella (*litisconsorcio*) o inclusive en su lugar;¹⁰⁶¹ pero mientras sea únicamente coadyuvante, permitirle mostrarse más papista que el Papa, atenta contra la esencia misma de la institución.

Una postrera advertencia: el concepto de *subparte* no ha de confundirse con el de *participante*: en tanto aquélla actúa en la esfera de la verdadera jurisdicción, la *contenciosa*, éste lo hace en el ámbito de la seudo jurisdicción *voluntaria* (*supra*, núm. 147).

procesal y su lugar lo ocupe el hasta entonces coadyuvante, que desde ese momento dejará de serlo, para convertirse en parte principal (sucesiva); y b) Una de dos: o apela la parte principal por él coadyuvada, y entonces lo que hará es apoyar su recurso en segunda instancia en papel de coadyuvante, o si aquélla, por las razones que fueren, no recurre, en tal caso él apelará, por su cuenta y riesgo, ascendido a parte principal, mas no como simple subparte": *Examen código Chihuahua*, cit. (*supra*, nota 138), p. 157, núm. 252.

¹⁰⁶⁰ Art. 95, núm. 2 de la ley de 1956: "No podrán interponer recurso de apelación los coadyuvantes con independencia de las partes principales". A primera vista, este artículo se hallaría en pugna con el 131, núm. 2, del propio cuerpo legal, a cuyo tenor, "la parte coadyuvante no devengará ni pagará costas más que por razón de los recursos o incidentes que ella promueva con independencia de la parte principal"; pero no existe tal contradicción, de un lado porque el 95 tiene alcance específico (circunscrito a la apelación), frente a la índole genérica del 131 y, de otro, porque éste ha de entenderse referido a recursos o incidentes relacionados exclusivamente con su calidad de coadyuvante (es decir, que no afecten para nada al coadyuvado) y no con la pretensión de fondo deducida contra la Administración por el actor o "recurrente" (cfr. art. 30 ley cit.).

¹⁰⁶¹ Una situación análoga, pero no en caso de tercería adhesiva, sino de llamamiento de tercero al pleito (*litisdenunciación*) —*supra*, núms. 103 y 138—, se presenta en torno al artículo 657 cód. proc. civ. distrital. Acerca de las interpretaciones que, en principio, permite el precepto y de las perspectivas que ofrecen, cfr. mi *Examen código Chihuahua*, cit., pp. 159-60, núm. 254. Y en orden a la actuación en México del ofendido por el delito como *coadyuvante* del ministerio público en el proceso penal, véase mi *Síntesis*, cit., pp. 202 (núm. 365) y 204 (núm. 369). Adviértase cómo este coadyuvante penal lo es de la parte actora, a diferencia del que participa en el proceso administrativo español, que lo es de la demandada (*supra*, nota anterior).