

Índice de contenido

Palabras preliminares	xi
Nota a la décima edición	xiii
Introducción	xv
Abreviaturas y siglas	xxi
1. Concepto de litigio	1
2. Pretensión	3
3. Relación y diferencia entre proceso y litigio	7
4. Autotutela. Formas que subsisten	9
5. Autocomposición. Formas autocompositivas	19
6. Heterocomposición	25
7. Unidad o diversidad del derecho procesal	29
8. Los pueblos primitivos	39
9. Roma	43
10. Los germánicos	49
11. Proceso medieval italiano	51
12. Antiguo enjuiciamiento español	53
13. La Revolución francesa y la codificación	57
14. Procesos inquisitorial, dispositivo y publicista. Oralidad y escritura en el proceso	59

15. Evolución de la doctrina procesal y surgimiento de la corriente científica del proceso	67
16. Fuentes formales del derecho procesal	79
17. Enunciación y clasificación de las fuentes legislativas procesales	83
18. Conceptos fundamentales de la ciencia procesal	89
19. Concepto de acción	95
20. Concepto de jurisdicción. Divisiones de la jurisdicción	97
21. Noción de proceso	107
22. Etapas en que se divide el proceso: instrucción y juicio	113
23. Teorías sobre la acción. Enunciación	119
24. La acción como instancia proyectiva y las demás formas de instar	127
25. Las funciones estatales. Enunciación y diferenciación. Distinción entre la jurisdicción, la administración y la legislación	133
26. Competencia en sentido lato y en sentido estricto. Competencias objetiva y subjetiva	145
27. Conflictos de atribuciones. Noción y sistemas para resolverlos	155
28. Diversas formas de plantear la incompetencia de un órgano judicial	161
29. Papel que incumbe al juzgador en el proceso	165
30. Diversas clases de jueces	167
31. Sistemas de nombramiento de los jueces. ¿Quién designa? ¿Cómo designa?	173
32. Principios a los que responde la organización judicial en los estados de la República mexicana	179
33. Organización de los tribunales comunes en el Distrito Federal	183
34. Órganos judiciales federales. Integración, organización y competencia	187
35. Carrera judicial. Sistema de selección y ascenso y garantías del juzgador	191
36. Auxiliares del juzgador: autoridades, particulares y subalternos. Clasificación	199
37. La abogacía. Distinción entre la procuración y el patrocinio	207
38. Parte formal y parte material. Su distinción	215
39. Capacidad. Legitimación y representación	221
40. Mandato judicial	225
41. Gestión de negocios	229
42. Terceros y terceristas en el proceso. Distinción	231

43. Teorías sobre la naturaleza del proceso	235
44. Proceso y procedimiento. Distinción y relación. La forma procesal	243
45. Tiempo y actividad: preclusión y caducidad. Términos y plazos	247
46. Lugar del acto procesal	253
47. Medios de comunicación procesal. Clasificación	255
48. Medios de comunicación procesal entre autoridades judiciales	261
49. Medios de comunicación procesal de la autoridad judicial a los particulares: notificación, emplazamiento, requerimiento, citación	269
50. Formas o medios de hacer las notificaciones	273
51. Nulidad procesal. Su distinción de la impugnación propiamente dicha	281
52. Nulidad de un proceso	285
53. Principios procesales. Enunciación y análisis	289
54. Eventualidades procesales: acumulación de partes, de pretensiones y de expedientes; conexidad; litispendencia y atractividad; escisión de procesos	295
55. Teoría de la prueba: medio de prueba y finalidad del probar	305
56. Procedimientos paraprocesales. Explicación	321
57. Clases de resoluciones del tribunal	325
58. Sentencia. Requisitos formales	327
59. Sentencia. Requisitos sustanciales	331
60. Teoría de la impugnación. El fin de la impugnación. Distinción entre recurso y medio de impugnación	335
61. Breve referencia a la ejecución procesal. Medios de apremio, correcciones disciplinarias. Vía de apremio y ejecución de penas	341
Bibliografía	351
Índice onomástico	355
Índice analítico	357

Palabras preliminares

El presente libro no es sino fruto del trabajo de muchos alumnos que han cursado la teoría general del proceso con nosotros, desde 1968, año en que esta materia comenzó a impartirse en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. A fines de 1971, un grupo de estudiantes hizo una labor comparativa entre aproximadamente 10 ejemplares de las mejores notas de clase tomadas por alumnos en varios de los cursos impartidos. Colaboraron muy desinteresada y entusiastamente en aquella ocasión: Agripino Calderón Ruiz, Juan José González Vargas, Gustavo Íñiguez Martínez y Carlos Ortiz Martínez.

La primera versión mereció ajustes de redacción y sintaxis que la doctora Paula Gómez Alonzo hizo con cariñoso afán en los últimos meses de su vida. El doctor Ignacio Medina Lima, con un afectuoso interés nos ha sugerido enmiendas y correcciones que hemos aceptado en la mayoría de los casos. En la difícil y ardua tarea de elaboración de los índices nos ha auxiliado, de nueva cuenta, el tenaz y empeñoso pasante de derecho Carlos Ortiz Martínez. En los esquemas y dibujos, contamos con la ayuda del joven Alfredo García Moreno Navarrete. La infantería, cimiento de muchas batallas, en este caso la labor mecanográfica, estuvo en manos de Elizabeth Alcántara. Gracias a todos ellos y también a Karin, Carina Lilly y Regina, por su comprensión solidaria.

Ciudad de México, junio de 1973

EL AUTOR

Nota a la décima edición

Refiero el agradecimiento por la cordial acogida que de parte del público lector han tenido las ediciones anteriores de esta obra. Transcurrieron ya casi treinta años desde la primera edición y ocho años desde la novena. Como en las anteriores, hemos procurado introducir las correcciones, enmiendas y adiciones provocadas por diversas reformas legislativas introducidas entre 1995 y 2003. Deseo dejar testimonio de mi profundo agradecimiento por la labor de apoyo que me han prodigado con todo cariño, entusiasmo y empeño el licenciado José Alfonso Herrera García y la brillante estudiante de derecho Margarita Domínguez, ya que sin su ayuda acuciosa y constante, no hubiera sido posible culminar la labor emprendida.

Septiembre de 2003

EL AUTOR

Introducción

Antes de iniciar el desarrollo de los temas del curso Teoría general del proceso es necesario hacer una brevísima referencia a los problemas de la enseñanza del derecho, la cual atraviesa por una grave crisis no sólo en México y en Iberoamérica, sino en todos los países latinos y, en cierta medida, también en los países de otro tipo de culturas jurídicas. La enseñanza del derecho en México, y en Iberoamérica, adolece de muchas fallas y defectos. Desde principios del siglo, muy distinguidos profesores italianos señalaron los principales defectos de la enseñanza universitaria del derecho. Críticas de las más agudas a los sistemas de enseñanza de nuestras disciplinas, aparecen en el pequeño gran libro de Mauro Cappelletti.¹ Todos estos defectos, que tan ilustres tratadistas señalaban ya hace seis décadas a la enseñanza del derecho en Italia, resulta que los tenemos, quizás, aumentados en nuestras universidades y en nuestras facultades de derecho hoy en día. Los vicios, los defectos, y sobre todo la ineficacia de la enseñanza jurídica para formar verdaderos profesionales del derecho son graves y alarmantes y no pueden ser solucionados en forma parcial.

La deficiencia en la enseñanza jurídica no es sino una parte de los múltiples desajustes y desaciertos de nuestra sociedad contemporánea. Por ello, no se puede remediar todo este conjunto de males sin tener en cuenta sus más remotas y primeras causas, que son de por sí sumamente complejas. Entonces, lo importante es cobrar conciencia de esas deficiencias y fallas para que, en la medida de nuestras posibi-

¹ Mauro Cappelletti, *Enseñanza del derecho y tirocinio profesional en Alemania e Italia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.

lidades, tratemos de evitarlas o por lo menos de disminuirlas, propugnando un sistema de enseñanza del derecho más acorde con la satisfacción de nuestras necesidades y también más en consonancia con nuestras necesidades actuales.

Uno de los aspectos más perjudiciales para el aprendizaje del derecho es el verbalismo, mediante el cual el alumno es un mero receptor de lo que los profesores han ido explicando, con más o menos acierto pero sin que se llegue a formar una conciencia crítica en el estudiante. Carnelutti, por otra parte, ha señalado en reiteradas ocasiones que la enseñanza de las disciplinas procesales no debe alejarse de las realidades jurídicas mismas:

No podréis saber verdaderamente lo que sea un contrato o lo que sea un delito mientras no halláis visto moverse ante vuestros ojos el contraste de intereses que encuentra en aquél su composición y en éste su exasperación. Esto quiere decir, hijos míos, que el estudio de la jurisprudencia, con mayor razón que el de cualquier otra ciencia, comenzando en la escuela, es necesario proseguirlo en la vida.²

Y en otra ocasión su necesidad de "romper la cerca cerrada de los libros para arrojarme al tumulto callejero".³

Es decir, el estudiante de derecho tiene que enfrentarse con su realidad social, pues en los libros no está todo el conocimiento jurídico. Es imprescindible que él se familiarice con las realidades de los problemas de su profesión, conozca los instrumentos, los documentos que se manejan en la práctica, ya que solamente de ese equilibrio entre la teoría y la práctica puede surgir un genuino conocimiento de la ciencia jurídica. A nuestro entender, un sistema de enseñanza del derecho, sobre todo en las materias procesales, que viniese a equilibrar los aspectos de la teoría y de la práctica debe constar de cuatro pasos o escalones:

1. Exposición verbal de clase.
2. Utilización de los métodos audiovisuales-enseñanza gráfica, esquemática y objetiva.
3. Laboratorios de clínica jurídica, seminarios de aplicación jurídica, talleres jurídicos.
4. Simulaciones de actuación jurídica.

La adopción de un sistema integral que comprenda los cuatro eslabones citados es un ideal difícilmente alcanzable, dada la situación de desorganización y de penuria de la mayoría de las facultades jurídicas de nuestro país. La exposición verbal debe subsistir, desde luego, pero en un porcentaje que no exceda de 25% del tiempo de

² Francesco Carnelutti, "Carta a mis hijos", en *Estudios en derecho procesal*, EJEA, Buenos Aires, 1952, t. II, p. 568.

³ *Idem*, "Carta a mis discípulos", en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1961, p. 4.

clase, o sea, del tiempo que podríamos llamar de actividad académica. Y el otro 75% de ese tiempo debería dedicarse a utilizar técnicas y métodos que contuviesen los restantes tres eslabones mencionados, es decir, los métodos objetivos, los laboratorios o seminarios de aplicación y la simulación de actos y actuaciones jurídicos. Es fácil comprender que si la cátedra verbalista debe subsistir es sólo a condición de que se limite a los aspectos básicos o fundamentales de la temática de un programa de curso y que el profesor no debe monologar, sino dialogar con los estudiantes. Es urgente una participación más activa del alumnado en las tareas del curso, en la preparación de los temas, en la intervención cotidiana en la clase. Lo anterior tiene que complementarse con la utilización de los medios científicos de divulgación, como las grabaciones, el cinematógrafo, la televisión, etc. Los laboratorios o seminarios de aplicación jurídica también tienen que organizarse en las facultades de derecho y para ello se debe contar con mobiliario apropiado, lo que implica mesas amplias, salones iluminados, colecciones completas de legislación y de jurisprudencia y, además, copias de expedientes judiciales, administrativos, etc., así como copias, por ejemplo, de libros de diversos registros, como el de la propiedad, los registros de propiedad intelectual o industrial, el registro civil, etc. En un seminario de aplicación jurídica el estudiante debe manejar la documentación, en copia, que posteriormente utilizará en el desarrollo de la profesión para la que se está preparando. Por tanto, en un seminario de aplicación jurídica no debe haber libros de texto, sino reiteramos: un buen mobiliario, colecciones completas de leyes, de jurisprudencia y copias de diversos expedientes de asuntos reales de la experiencia jurídica.

Como se puede notar, con la adopción de todo lo anterior se le daría un nuevo enfoque a la educación de los jóvenes abogados, lo que traería ingentes consecuencias positivas para la formación jurídica de nuestros estudiantes de derecho, del juez, del técnico en legislación, etc., haciendo así que el especialista en derecho cumpla más eficazmente la labor que le está encomendada en el marco general de las actividades del país.

Estamos plenamente conscientes de la imposibilidad de realizar, por lo pronto, en nuestros cursos actuales, la aplicación de una metodología integral, como la que hemos propuesto. Pero, de todas maneras debemos estar conscientes, además, de la necesidad de ir abandonando los viejos y caducos métodos de enseñanza jurídica, los cuales adolecen de todas las deficiencias y de todos los defectos que nos hemos permitido señalar en líneas anteriores. Inspirados en ese afán, nos permitimos proponer como método para el desarrollo del curso una distribución del tiempo de clase en porcentajes aproximados, de la manera siguiente:

- a) 15 % del tiempo de clase destinado por el profesor a pasar lista y por todos los alumnos, a la elaboración o revisión de las notas de la clase anterior.

- b) 5% del tiempo de clase para que uno de los estudiantes lea las notas de la clase anterior.
- c) 5% para que los alumnos o el propio profesor hagan críticas y observaciones a las notas leídas, pero única y exclusivamente con referencia a lo que se hubiere tratado en la clase previa.
- d) 20% del tiempo se destinará al planteamiento, por parte de los estudiantes, de preguntas, dudas, aclaraciones o críticas respecto de todos los temas del curso tratados en clases anteriores. Es importante que en esta parte de la clase se propicie la intervención del alumnado, pero solamente de aquellos que, al abrirse este periodo de la clase, hayan manifestado su deseo de intervenir para plantear alguna pregunta, duda, crítica u observación; en otras palabras, se recomienda un pequeño registro de participantes y, si éstos son demasiados, limitar su número a no más de seis u ocho. Con esto se podrá mantener el orden de la discusión, permitiéndole una sola intervención a cada alumno y evitando que quieran participar en la discusión otros que, si tienen alguna cuestión que plantear, por no haberse registrado podrán hacerlo en la clase siguiente, en el mismo lapso de planteamiento de preguntas, dudas o críticas a temas de clase anteriores.
- e) 55% del tiempo restante de clase deberá dedicarse, por el profesor, a la explicación verbal de los temas subsiguientes del curso. Es decir, sólo un poco más de la mitad del tiempo de clase debe destinarse a la exposición verbal, lo que implica que ésta no sobrepasará los 35 minutos en las clases de una hora de duración. Lo anterior tiene otro objetivo: destacar que no es posible que tenga resultados efectivos, la pretensión de la mayoría de los señores profesores de nuestras facultades y escuelas de derecho, de utilizar todo el tiempo de clase para la exposición oral que, en la mayoría de los casos, cansa al alumnado y no permite que se desarrolle un buen método de aprendizaje. De ahí que el tiempo de exposición verbal deba necesariamente reducirse y el resto del tiempo de clase aprovecharse con lo que hemos dejado apuntado, introduciendo mecanismos de constatación del grado de aprovechamiento del estudiante, y también todo aquello que signifique motivación para el alumnado o que pueda, de cualquier forma, despertar su interés por el estudio de los temas de la disciplina.

Huelga decir, por otra parte, que desde el primer día de clases el profesor deberá entregar a todos sus alumnos una copia del programa de estudios de la materia, así como también, en su caso, del temario conforme al cual el curso deberá desarrollarse. De esta suerte, profesor y alumnos saben, desde que se inicia el curso, a qué atenerse. Si el profesor y los estudiantes siguen con rigor metodológico y académico el programa o el temario respectivo, esta disciplina mínima de trabajo implicará

que se obtengan, sólo con ello, muy buenos resultados. Así, los estudiantes saben siempre qué tema fue el anteriormente tratado, cuál es el que se está viendo y qué tema o temas vendrán después. También, el alumnado y el profesor pueden medir, clase tras clase, el ritmo de desarrollo del curso y procurar, en un esfuerzo común, que puedan agotarse, hasta donde ello sea posible, los programas de las materias en el tiempo cada vez más reducido que vamos teniendo.

EL AUTOR

Para entender lo que es el proceso, primero es necesario referirse al concepto de litigio, el cual no es un concepto esencialmente procesal porque todo proceso presupone un litigio, pero no todo litigio desemboca indefectiblemente en un proceso; es decir, el litigio no tiene esencia procesal, aunque siempre sea el contenido de todo proceso.

El litigio forma parte, en general, de los fenómenos de la conflictiva social o sinergia social, pues es el choque de fuerzas contrarias una de las características más importantes de toda la sociedad. Cuando dicho choque de fuerzas se mantiene en equilibrio, el grupo social progresa o al menos se conserva estable; pero cuando las fuerzas no se mantienen en equilibrio, ello se convertirá en un síntoma patológico social, es decir, el grupo social entrará en crisis o se estancará. Carlos Marx dejó establecido, en el *Manifiesto comunista*, que la historia de la humanidad no es sino una lucha de clases. Esa lucha de grupos, de clases, de intereses, alcanza un equilibrio o no lo alcanza. Carnelutti, según lo indicamos, señala la existencia de dos polos en ese choque de fuerzas: uno de ellos es el contrato, en el que hay un pacto de fuerzas; el otro es el delito, en el que el equilibrio de fuerzas se rompe. Contrato y delito representan, pues, los dos extremos de la conflictiva social. Si examinamos diversos casos o situaciones de la realidad jurídica, se nos mostrará evidente ese choque de fuerzas; por ejemplo, en el matrimonio hay un choque de fuerzas entre marido y mujer, y así sucede en la compraventa, entre el comprador y el vendedor, o en el arrendamiento, entre el arrendador y el arrendatario. El punto de equilibrio en esas relaciones implica la subsistencia del vínculo y la estabilidad. Por el contrario, el choque violento de dichas fuerzas ocasionará el rompimiento del equilibrio y, por tanto, de la relación y del vínculo.

De tal suerte, el proceso viene a ser un instrumento para solucionar ciertos tipos de conflictiva social. Es decir, se quiere ver en el proceso un instrumento de solución de la conflictiva social, el cual mantenga ese equilibrio de las relaciones jurídicas contrapuestas que si chocan amenazan la paz social.

Carnelutti⁴ expresa respecto del litigio lo siguiente: "Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro."

Por su parte, Alcalá-Zamora y Castillo,⁵ al considerar la anterior definición, dice que "ha de implicar [...] trascendencia jurídica". Y concluye, más adelante, que el concepto de litigio "ha de dilatarse, en el sentido de rehuir especificaciones contrarias a su verdadero alcance y, por tanto, que por litigio debe entenderse, sencillamente [...] el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa"

2

Pretensión

La pretensión es uno de los elementos necesarios para la existencia del litigio. Si no hay pretensión, no puede haber litigio. Carnelutti⁶ nos da el concepto de la pretensión más aceptado dentro de la ciencia procesal. Así, la pretensión es "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio".

Entonces, la pretensión es un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio. Antes de continuar, es necesario que se precise la distinción entre la pretensión, el derecho subjetivo y la acción, pues aunque exista una íntima relación y una estrecha interdependencia entre ellos, los tres conceptos son diferentes y se encuentran en planos diversos. Así, el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene y, en cambio, la pretensión es algo que se hace o no se hace, es decir, la pretensión es una actividad, una conducta. Es claro que de la existencia de un derecho subjetivo se puede derivar una pretensión y de la existencia de la pretensión se puede llegar a la acción, como una de las formas de hacer valer la pretensión.

El mismo autor que hemos venido citando,⁷ al realizar un estudio amplio de la pretensión, indica que ésta puede ser discutida, fundada, impugnada, infundada, insatisfecha, resistida o bien sin derecho.

De lo anterior podemos hacer las siguientes consideraciones en torno a la pretensión. Siendo un elemento de litigio, no siempre da nacimiento al mismo, porque donde hay sometimiento a la pretensión el litigio no nace. La pretensión no siempre

⁴ Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 44.

⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., UNAM, México, 1970, pp. 17-18. Véase la edición de la misma obra publicada en México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, y la edición publicada en México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

⁶ Francesco Carnelutti, *op. cit.*, t. I, p. 44; t. II, p. 7.

⁷ *Ibid.*, t. I, pp. 48 y 271; t. II, pp. 7-9, 18, 20 y 648, etcétera.

presupone la existencia de un derecho y además, por otra parte, también puede existir el derecho sin que exista la pretensión y, consecuentemente, puede también haber pretensión sin que exista el derecho. Por medios extraprocesales, o incluso por medios procesales, algunas veces se logra satisfacer pretensiones sin tener derechos.

Existen varios medios para hacer valer la pretensión y éstos pueden ser legales, como los ruegos o algunas presiones; pero también pueden ser de otro género, por ejemplo, las amenazas y la fuerza, que colocan estos medios en el campo de lo ilegal. Para ciertos campos del derecho, como el derecho penal, la pretensión punitiva sólo puede hacerse valer por medio del proceso. En el derecho penal, el litigio comprende, por un lado, la pretensión punitiva del Estado, que se ejerce a través de los órganos de acusación y, por otro lado, la resistencia del procesado o de la defensa de éste.

La acción, como veremos más adelante, es un medio para llevar la pretensión hacia el proceso, es decir, de introducir la pretensión en el campo de lo procesal.

Con objeto de ubicar la pretensión frente a los fenómenos de la acción y de la satisfacción de derechos, y para relacionar dicho concepto también con los de la existencia del derecho y la opinión que el pretensor de él pueda tener, acerca de si ese derecho existe o no, hemos formulado el cuadro de la pretensión (cuadro 2.1), que como es fácil advertir, contiene cinco momentos:

- a. Existencia del derecho subjetivo
- b. Opinión subjetiva del pretensor sobre la existencia del derecho
- c. Pretensión
- d. Acción
- e. Satisfacción de la pretensión y del derecho, o de ambos

Nótese que se pueden dar muchas variantes y combinaciones de elementos, pero siempre que aparezca la acción, irá precedida de la pretensión, o sea, no puede haber acción si no está antecedida por la pretensión. Procuraremos explicar los diversos momentos que hemos sintetizado en el cuadro:

Primer caso. Los cinco momentos se dan sin dificultad.

Segundo caso. En éste se dan sólo los cuatro primeros momentos y no se llega a la satisfacción de la pretensión porque el deudor es insolvente.

Tercer caso. Se dan los tres primeros momentos, sin que, por diversas razones se llegue a ejercitar la acción ni mucho menos se obtenga la satisfacción del derecho.

Cuarto caso. Aquí se dan los momentos del primero al tercero y el quinto, es decir, no se acciona porque la pretensión se ha satisfecho.

Cuadro 2.1. Cuadro de la pretensión.

	Existencia del derecho subjetivo	Opinión del pretensor (¿derecho subjetivo?)	Pretensión	Acción	Satisfacción del derecho subjetivo, de la pretensión o de ambos
1	X	X	X	X	X
2	X	X	X	X	
3	X	X	X		
4	X	X	X		X
5	X	X			X
6		X			X
7		X	X	X	X
8			X		X
9			X	X	X
10		X	X	X	

Quinto caso. Se tiene el derecho y se opina que se le tiene; y aunque ni se pretende ni se acciona, el deudor cumple espontáneamente su obligación y satisface así el derecho, mas no la pretensión, puesto que ésta no ha existido.

Sexto caso. No existe el derecho, sino que se piensa por parte del supuesto titular que el derecho existe, y, sin pretender, obtiene la satisfacción por una actitud espontánea del supuesto deudor. Nótese que en este caso, muy raro y poco probable en la realidad, no hay derecho ni pretensión y, sin embargo, un deudor equivocado viene a cumplir con una obligación que en realidad no tiene.

Séptimo caso. Sin que exista derecho, y opinando que sí existe, se pretende, se acciona y se satisface la pretensión. Es el caso habitual de creación de un derecho a través del proceso, que no existía antes del mismo. En otras palabras, este caso es el de los derechos que se crean procesalmente, mediante verdades formales, por ejemplo, a través de la rebeldía o contumacia de un deudor ignorante y desorientado.

Octavo caso. Aquí se pretende a sabiendas de que no se tiene el derecho, pero al pretenderse, se logra la satisfacción de la pretensión por intimidación o error del deudor.

Noveno caso. Sin existir el derecho y a sabiendas de que no existe, se pretende, se acciona y se obtiene la satisfacción de la pretensión a través del proceso. El comentario hecho en líneas anteriores para el séptimo caso, también vale para el octavo y para el presente.

Décimo caso. Sin existir el derecho, el pretensor opina que sí existe, pretende y acciona, pero no logra la satisfacción de su pretensión. Éste sería el caso de un

deudor que tuviese a la mano los elementos para defenderse de una pretensión infundada por parte del pretensor.

De las diversas combinaciones que hemos dejado apuntadas se deriva una mejor comprensión de la relación, la interdependencia y la influencia de unos momentos sobre los otros. Es necesario recalcar, sin embargo, la circunstancia de que la acción no puede aparecer sin que la preceda la pretensión, porque, quien acciona, lo hace en función de una pretensión, y por ello hemos dejado apuntado que la acción es la llave que abre el proceso a la pretensión.

3

Relación y diferencia entre proceso y litigio

Hemos expresado la idea de que para que exista un proceso se necesita como antecedente del mismo un litigio, porque el litigio es siempre el contenido y el antecedente de un proceso. Es frecuente que los conceptos de proceso y litigio se confundan, y al respecto es conveniente no olvidar que siendo el litigio un conflicto de intereses, según la idea de Carnelutti que explicamos arriba, el proceso, en cambio, es sólo un medio de solución o de composición del litigio. El proceso y el litigio están colocados en planos diferentes:

- En el plano del *contenido* están el *litigio* y la *pretensión*.
- En el plano del *conteniente* están el *proceso* y la *acción*.

La pretensión es para la acción lo que el litigio es para el proceso. El primer plano existe independientemente del segundo, puesto que la pretensión y el litigio pueden existir sin que haya proceso, pero no puede existir un proceso, entendiéndose un proceso genuino, sin que haya un litigio. Ciertos sectores han sostenido la doctrina de que puede haber proceso sin litigio, pero nosotros no admitimos esa posibilidad, ya que lo que sucede es que hay muchas tramitaciones con formas procesales que son llevadas ante los jueces para su conocimiento, lo que de ninguna manera las convierte en auténticamente procesales.

De todo lo anterior concluimos que sin pretensión no puede haber acción y sin acción no puede haber proceso. La acción es entonces la llave que abre al litigio y a la misma pretensión, el proceso. Es decir, el proceso presupone la existencia de la acción, pero la acción a su vez está fundada en la existencia de una pretensión resistida, o lo que es lo mismo, en la existencia de un litigio.

Adelantando una idea unitaria, se ha querido ver precisamente la unidad en el continente, o sea, en la acción y en el proceso, y la diversidad en el contenido, es decir, en los diversos tipos de pretensiones y de litigios. Volveremos a la idea cuando se trate lo relativo a la unidad de lo procesal.

Finalmente, debemos aludir a la posibilidad de que el litigio, como conflicto de intereses, sea resuelto a través del proceso o bien se le componga a través del arbitraje. Lo que parece cambiar en este caso es el continente, es decir, hay otro cauce para solucionar el litigio, lo que se entenderá mejor en el esquema de la figura 3.1.

Nótese que la materia del litigio es la misma; lo que ha cambiado es el continente. Este fenómeno se asemejaría al del cambio del cauce de un río que viera sus aguas en un canal. Metafóricamente, las aguas serían el litigio, y mientras estas se encuentran en el cauce del río, estaríamos en el campo del proceso. Pero en cuando las aguas se desvíen de su cauce normal y pasen a otro, como puede ser un canal, la metáfora se completa, porque ese segundo cauce, el del canal, sería el arbitraje, un cauce distinto de solución del litigio.

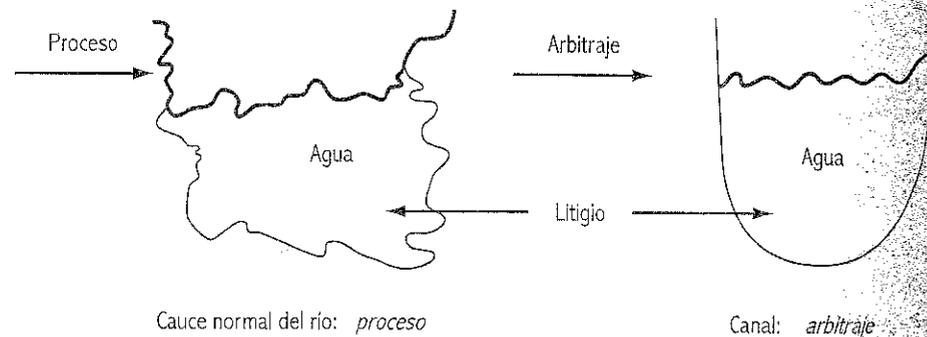


Figura 3.1. Continente y contenido.

Autotutela. Formas que subsisten

Antes de abordar el tema de la autotutela, es necesario recordar que Carnelutti propagó la idea conocida en la doctrina como *de los equivalentes jurisdiccionales*. Así, además del proceso, que implica que el estado desempeñe la función jurisdiccional para dirimir las controversias, existen otras formas equivalentes jurisdiccionales que para Carnelutti son:

1. El proceso extranjero
2. El proceso eclesiástico
3. La autocomposición
4. La composición procesal
5. La conciliación
6. El arbitraje

Alcalá-Zamora⁸ dice que los dos primeros no serían equivalentes jurisdiccionales sino jurisdicciones de otro estado y que la autocomposición, más que un equivalente, es un excluyente de la jurisdicción.

En un breve análisis de las seis figuras que Carnelutti considera equivalentes jurisdiccionales, podríamos decir lo siguiente:

En cuanto al *proceso extranjero* debe recalcarse que en rigor es el resultado de una función jurisdiccional desenvuelta en otro país. El problema fundamental que este fenómeno acarrea es el relativo a la ejecución de la sentencia extranjera, problema

⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., núm. 44, UNAM, México, 1970, pp. 73-75.

que, por lo demás, no pertenece a la teoría general del proceso, sino al derecho internacional.

El *proceso eclesiástico* se asemeja mucho al proceso extranjero, ya que emana de los tribunales de la Iglesia. En cuanto a nuestro sistema jurídico, hay que tener en cuenta que el contenido del art. 130 constitucional entrañaba para nosotros el desconocimiento de validez del proceso eclesiástico, pues tal dispositivo constitucional negaba personalidad jurídica a las instituciones denominadas *iglesias*. Tal situación ha variado merced a la reforma constitucional del señalado artículo, publicada en el *Diario Oficial* del 28 de enero de 1992, que le reconoce personalidad jurídica a las iglesias.

En lo referente a la *autocomposición*, como hemos asentado, tal parece que no es forma equivalente a la jurisdicción sino una excluyente de la misma, puesto que prescinde de ésta, es decir, desecha a la jurisdicción. En el próximo capítulo se hará un estudio de las diversas figuras autocompositivas. Por lo que se refiere a la llamada *composición procesal*, es una figura autocompositiva, sólo que se da dentro del seno mismo del proceso.

La *conciliación* es una figura sin vida propia, pues si llega a triunfar, es decir, si a través de la conciliación se resuelve el litigio, llegaríamos a una figura autocompositiva; y si fracasa el intento conciliador, es decir, si lo que hay es una conciliación frustrada, no tendríamos un equivalente jurisdiccional.

Finalmente, el *arbitraje* sí es un genuino equivalente jurisdiccional y, además, es o constituye un verdadero proceso llevado ante jueces privados, no profesionales ni estatales. Sin embargo, por lo que se refiere al arbitraje, queda todavía en pie el problema relativo a desentrañar si lo que hacen ahí los jueces privados es o no jurisdicción. Si es jurisdicción, no hay equivalente jurisdiccional, y si no es jurisdicción lo que estos jueces privados realicen, entonces puede hablarse de un equivalente jurisdiccional.

Ha tocado a Alcalá-Zamora⁹ el mérito de haber señalado la importancia del tema de la autodefensa o autotutela como materia que debe ser estudiada por la ciencia procesal, pues tanto lo relativo a la autocomposición como lo relativo a la autodefensa son temas manifiestamente contiguos al estudio del proceso.¹⁰ Por lo demás, nos adherimos a su opinión de que la adscripción de dichos asuntos "autocomposición y autodefensa", aunque no sean estrictamente procesales, sí le corresponden, por mejor derecho, a la ciencia procesal, ya que dichas cuestiones están íntimamente ligadas con el proceso y sin duda no habría ninguna otra ciencia jurídica que pudiera abarcarlas con la legitimidad de pertenencia con que las abarca la ciencia procesal. De esta suerte resulta la estrecha relación de los temas relati-

⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁰ *Ibid.*, p. 24.

vos a la autotutela, autocomposición y heterocomposición. En relación con el primero de ellos, hemos preferido utilizar el vocablo *autotutela*, en vez de la voz *autodefensa* porque ya el mismo Alcalá-Zamora¹¹ ha indicado que ésta no es suficientemente expresiva para designar con exactitud su heterogéneo contenido y que, probablemente, es decir, autotutela, acaso sea el nombre más expresivo para designar el fenómeno que estudiamos.

La razón aducida por el autor para no adoptar este término es que ello le obligaría a cambiar el título de su obra, en su segunda edición, argumento que no nos parece suficiente para dejar de emplear un vocablo que él mismo considera más acertado.

García-Máynez,¹² en una reseña a la primera edición de la citada obra de Alcalá-Zamora, propuso, para este tipo de fenómenos, la denominación *defensa extrajudicial o privada de un derecho*. El inconveniente que encontramos en esa idea de García-Máynez radica en que es una denominación exageradamente larga. Por lo demás,

[...] autodefensa, como tantos otros vocablos de la terminología usual o científica —sin ir más lejos—: como proceso que no es privativo de nuestra disciplina ni aun siquiera de la ciencia jurídica (se habla, en efecto, de proceso en campos tan diversos como la biología, la química o la técnica industrial), es más una denominación sobreentendida que no un concepto rigurosamente establecido.¹³

De estas tres formas de resolver la conflictiva social, primero aparece la autotutela como forma egoísta y primitiva de solución.

En ella, el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, destreza o habilidad, la solución al contrario. Por tanto, el litigio se resuelve no en razón de a quién le asiste el derecho, sino, repetimos, en función de quién es el más fuerte o el más hábil. Es una forma primitiva, muy cercana a la animalidad. En rigor, es una forma animal de superar la conflictiva, pues en las sociedades de animales los conflictos se resuelven por autotutela.

La autocomposición surge de la evolución humana porque hay en ella un alejamiento del primitivismo y de la animalidad. En la autocomposición, al encontrar las propias partes en conflicto la solución de éste, ya sea a través del pacto, de la renuncia o del reconocimiento de las pretensiones de la parte contraria, resulta que aquéllas están ya ante una forma altruista, más humanizada de solución de esos conflictos.

¹¹ *Ibid.*, pp. 47 y 50.

¹² Eduardo García-Máynez, "Reseña sobre 'Proceso, autocomposición y autodefensa' de Alcalá-Zamora", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 38, abril-junio de 1948.

¹³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 49.

Finalmente, la heterocomposición es la forma más evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social. Aquí la solución viene dada de afuera, por un tercero ajeno al conflicto e imparcial. Las dos figuras características de la hetero-

composición son el arbitraje y el proceso. Para entender mejor todas estas ideas, nos remitimos al cuadro 4.1, en el que damos un esquema de todos los conceptos relacionados y derivados de los temas de la autotutela, de la autocomposición y de la heterocomposición. Obsérvese que entre la primera y la segunda figuras, o sea, entre la autotutela y la autocomposición, hemos colocado al duelo, puesto que esta figura surge de un pacto entre los contendientes, pero regresa, por decirlo así, hacia la autotutela. Entre la segunda figura, autocomposición, y la tercera, heterocomposición, hemos situado a la amigable composición y a la conciliación; estas dos figuras, a su vez, pueden considerarse intermedias entre la autocomposición y la heterocomposición. Las partes piden la opinión de un tercero, el que puede tratar de avenirlas y, si las mismas partes se lo solicitan, inclusive puede dar una opinión sobre el conflicto, sólo que esta opinión no tiene carácter imperativo, sino que constituye un mero consejo. Cuando las partes en conflicto pactan dirigirse a un tercero pidiéndole su opinión y de antemano no se comprometen a someterse a la opinión de ese tercero, nace el arbitraje, que es la primera figura heterocompositiva y que, históricamente, es un antecedente del proceso.

Asentadas las ideas anteriores, en las líneas siguientes vamos a hacer un análisis breve de las figuras y de los conceptos comprendidos en el cuadro de las tres formas: autotutela, autocomposición y heterocomposición.

Las siguientes formas autotutelares a que nos referiremos no son todas las existentes reglamentadas y toleradas por el estado, sino sólo algunas de las más importantes que contempla nuestra legislación.

- a) *Legítima defensa penal y estado de necesidad.* El art. 29 del *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* define este concepto de forma clara:

(Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

- IV. (Legítima defensa.) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.
- V. (Estado de necesidad.) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Cuadro 4.1. Formas de solución de los conflictos intersubjetivos de intereses

- a) Legítima defensa penal y estado de necesidad; art. 29, fraccs. V-VI, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*.
- b) Retención de equipajes, art. 2669, *Código Civil para el Distrito Federal*.
- c) Corte de rama y raíces provenientes del predio conlguo, art. 848, *Código Civil para el Distrito Federal*.
- d) Persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno, arts. 861-ss., *Código Civil para el Distrito Federal*.
- e) Derecho sancionador de los padres, art. 423, *Código Civil para el Distrito Federal*.
- f) Defensa del honor en materia penal, reglamentada en algunos códigos, y antes se encontraba en los arts. 310 y 311 del *Código Penal para el Distrito Federal*.
- g) Aborto por causa de violación, de inseminación artificial, terapéutico, por alteraciones genéticas o congénitas, y culposo, art. 144-ss., *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*.
- h) Robo de fámélico, art. 379, *Código Penal Federal*.
- i) Echazón, derecho de navegación. Se regulaba en los arts. 256-ss., *Ley de Navegación y Comercio Marítimo*.
- j) Huelga (derecho del trabajo), arts. 440-ss., *Ley Federal del Trabajo*
- Guerra
- Revolución

Formas de solución de la conflictiva de intereses

1. Autotutela

Duelo

Conflictos intersubjetivos de intereses

2. Autocomposición

Amigable composición
Conciliación

Unilateral

Desistimiento (renuncia)

Allanamiento (sometimiento)

De la demanda
De la instancia
De la acción

Transacción

Bilateral

3. Heterocomposición

Arbitraje
Proceso

La legítima defensa reglamentada por el *Código Penal* es posiblemente la figura más característica de autotutela, que puede ser, como lo expresa el precepto comentado, para defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. Por lo demás, el término *autotutela*, y otro tanto sucedería con el vocablo *autodefensa*, implicaría que quedasen fuera de tal figura "no pocas de las manifestaciones que en la misma se incluyen",¹¹ como lo serían la defensa o el patrocinio personal, los casos en que la defensa presuponga un ataque y la hipótesis citada por el mismo autor, referida al duelo.

b) *Retención de equipajes*. El art. 2669 del *Código Civil para el Distrito Federal* establece que:

Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

Este caso del hotelero facultado para retener el equipaje de aquel huésped que no paga la pensión, hace también justicia por propia mano.

c) *Corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo*. Esta figura autotutelar está igualmente regulada por el ya citado *Código Civil*, en su art. 848:

Si las ramas de los árboles se extienden sobre heredades, jardines o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho de que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad; y si fueren las raíces de los árboles las que se extendieren en el suelo de otro, éste podrá hacerlas cortar por sí mismo dentro de su heredad, pero con previo aviso al vecino.

d) *Persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno y destrucción de animales ajenos en predio propio*. Al respecto, el art. 861 del *Código Civil* reglamenta lo siguiente:

Si la pieza herida muriese en terrenos ajenos, el propietario de éstos, o quien lo represente, deberá entregarla al cazador o permitir que entre a buscarla.

Además, el art. 872 del mismo ordenamiento establece que:

No se entiende que las abejas han abandonado la colmena cuando se han posado en predio propio del dueño, o éste las persigue llevándolas a la vista.

Otra regulación más es la comprendida en el art. 873, el que a la letra dice:

Los animales feroces que se escaparen del encierro en que los tengan sus dueños, podrán ser destruidos o capturados por cualquiera. Pero los dueños pueden recuperarlos si indemnizan los daños y perjuicios que hubieren ocasionado.

¹¹ *Ibid.*, pp. 47 y 48.

Por su parte los arts. 865 y 866 señalan que:

Es lícito a los labradores destruir en cualquier tiempo los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sus sementeras o plantaciones.

El mismo derecho tienen respecto a las aves domésticas en los campos en que hubiere tierras sembradas de cereales y otros frutos pendientes a los que pudieren perjudicar aquellas aves.

De las disposiciones citadas se desprenden autorizaciones para realizar conductas autotutelares:

e) *Derecho sancionador de los padres*. El art. 423 del *Código Civil* dispone que:

[...] quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Éste es un caso en que la ley permite a quienes ejercen la patria potestad o la custodia sancionar a los hijos mediante correctivos y que impone a la vez la obligación de comportarse de tal manera que proporcionen a los menores positivo ejemplo. Esta conducta adecuada es difícil de medir, porque indudablemente variará por las condiciones sociales y culturales de la familia respectiva y con la edad de los hijos a quienes se imponga. El art. 132 del *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* afirma que:

Cuando las lesiones se infieran con crueldad o frecuencia a un menor de edad o a un incapaz, sujetos a la patria potestad, tutela o custodia del agente, la pena se incrementará con dos terceras partes de la sanción prevista.

En ambos casos, a juicio del juez, se decretará la suspensión o pérdida de los derechos que tenga el agente en relación con el sujeto pasivo, por un tiempo igual al de la pena de prisión que se imponga.

f) *Defensa del honor en materia penal*. En sí, la denominación de esta figura es criticable, puesto que se trata de la defensa de un honor bastante mancillado y muy relativo. Por otra parte, no implica plenamente la autorización estatal de una conducta autotutelar, sino que simplemente da el caso de atenuación de la penalidad por las circunstancias en las cuales determinados sujetos lesionan o matan a otros. Las reglas respectivas las encontramos en lo dispuesto por los arts. 310 y 311 del *Código Penal para el Distrito Federal*, los que textualmente disponían:

Art. 310. Se impondrán de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables o a ambos, salvo el caso de que el matador haya contribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso, se impondrán al homicida de cinco a diez años de prisión.

Art. 311. Se impondrán de tres días a tres años de prisión al ascendiente que mate o lesione al corruptor del descendiente que esté bajo su potestad, si lo hiciera en el momento de hallarlos en el acto carnal o en uno próximo a él, si no hubiere procurado la corrupción de su descendiente con el varón con quien lo sorprenda, ni con otro.

Esta figura subsiste en algunos estados.

- g) *Aborto por causa de violación y aborto terapéutico.* El concepto jurídico de aborto, para los efectos penales, difiere un tanto del concepto médico. El art. 144 del *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* define el aborto como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo. El art. 148 del mismo ordenamiento dispone:

No se impondrá sanción:

- I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 150 de este Código;
- II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afección grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;
- III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se le tenga el consentimiento de la mujer embarazada; o
- IV. Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

En los casos contemplados en las fracciones I, II y III, los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

La regla general, pues, en nuestro sistema jurídico, es que el aborto es punible salvo en los casos de excepción apuntados. Cualquier otro tipo de aborto es delictivo. Es necesario advertir que existe una corriente muy generalizada y adoptada ya por

diversas naciones como Suecia, Inglaterra, algunos estados de la Unión Americana, etc., para legalizar y reglamentar lo que podríamos considerar aborto libre. El problema es muy grave y tiene implicaciones religiosas y morales muy profundas. Sin embargo, se aducen en favor de la reglamentación del libre aborto razones muy poderosas basadas en la problemática social y económica de nuestra sociedad contemporánea y en actitudes quizás más sinceras y despojadas de prejuicios.

- h) *Robo de familiar.* El art. 379 del *Código Penal Federal* establece:

No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Esta figura es la que ha sido designada por la doctrina penal como el robo de familiar, es decir, aquel cometido por una persona que se encuentra en un estado grave de carencia de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento. Es obvio que se trata de una figura autotutelar que se tolera, si se comete sin emplear engaño ni medios violentos y por una sola vez.

El *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal* no contempla esta figura.

- i) *Echazón.* Esta institución pertenecía al derecho marítimo o de navegación (*Ley de Navegación y Comercio Marítimo*, arts. 256-271), aunque puede extenderse también al derecho de la aeronavegación. La institución es muy antigua, pues su origen se remonta, según parece, hasta la *Lex Rodex*, o *Ley de la Isla de Rodas*, de los fenicios. Consiste la echazón en el derecho que tiene el capitán de una nave para echar al mar las mercancías o la carga que su navío transporta, si hay peligro de naufragio y con objeto de aligerar la nave con miras a salvarla.
- j) *Huelga.* La huelga es una institución del derecho del trabajo que consiste en la posibilidad por parte de los trabajadores de suspender las actividades de la fábrica o centro de trabajo o de la unidad industrial respectiva (*Ley Federal del Trabajo*, arts. 440-450). Es un instrumento de presión de la clase trabajadora frente a la clase patronal, para equilibrar los salarios y las demás prestaciones y parece tener por objeto lograr el equilibrio de los factores de la producción. Para que una huelga sea lícita tiene que reunir determinadas características y condiciones que son calificadas por las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

• *La guerra.*¹⁵ Modesto Seara Vázquez expresa que "puede definirse la guerra como una lucha armada entre estados, destinada a imponer la voluntad de

¹⁵ Modesto Seara Vázquez, *Derecho internacional público*, Porrúa, México, 1974, p. 303.

uno de los bandos en conflicto, y cuyo desencadenamiento provoca la aplicación del estatuto internacional que forma el conjunto de las leyes de guerra".

- *La revolución*.¹⁶ Felipe Tena Ramírez entiende "por revolución la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un estado".

En el cuadro 4.1 siguen a las figuras autotutelares la guerra y la revolución, pero sin estar comprendidas dentro de las primeras figuras porque ambas tienen la característica de que rebasan el orden normativo de un estado. Es más, en la revolución se lucha precisamente contra el orden normativo establecido, y en la guerra el enfrentamiento es de dos o más sistemas jurídicos nacionales. Se ha hablado del derecho a la guerra y del derecho a la revolución como actitudes autotutelares de grupo, pero tales consideraciones también rebasan los límites de un orden normativo dado, puesto que las consideraciones en torno a estos problemas, o sea, las consideraciones de apoyo a determinada guerra o a determinada revolución son por lo general de carácter metajurídico e ideológico. Tanto es así, que en el caso de la revolución, si triunfa habrá un nuevo orden estatal y, si fracasa, los que participaron son considerados como simples delincuentes.

El derecho internacional ha tratado de formular reglas acerca de la guerra y su tratamiento es un tema importante de todo enfoque que se haga de esta rama jurídica. Pero lo cierto es que, independientemente de la justificación jurídica o ideológica de algún conflicto bélico, toda guerra es un fenómeno de autotutela colectivo.

5

Autocomposición. Formas autocompositivas

De acuerdo con el esquema de páginas anteriores, la autocomposición es el segundo gran grupo de formas de solución de los conflictos de intereses. Carnelutti¹⁷ distingue entre "la composición del litigio que efectúen las partes, o autocomposición, de la que lleve a cabo el juez, o heterocomposición".

Más adelante, Carnelutti advierte que la autocomposición es un género dentro del cual cabe que se reconozcan varias especies: dos unilaterales o derivadas de un acto simple, y una bilateral derivada de un acto complejo, de modo que tenemos: a) *la renuncia*; b) *el reconocimiento*, y c) *la transacción*. Las dos primeras serían las unilaterales y la última la bilateral. Ahora bien, tanto la renuncia como el reconocimiento, ya sea de derechos o de pretensiones, constituyen formas autocompositivas de los conflictos de intereses, pero que no necesariamente se dan en el campo de lo procesal, sino que pueden aparecer antes, después o independientemente del proceso. De ahí que, sin desatender la importancia o repercusión que sobre el proceso tengan dichas formas, hay que precisar que sus especies procesales son, como ya dijimos, el desistimiento y el allanamiento. En términos generales, del desistimiento puede decirse que es una renuncia que se presenta en el seno mismo del proceso, y del allanamiento, que es un reconocimiento que se da en el campo del proceso. La transacción puede ocurrir, como veremos, dentro o fuera del proceso, antes de que se inicie o una vez iniciado.

¹⁷ Francesco Carnelutti, *Sistema...*, t. I, pp. 197-199.

¹⁶ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1976, p. 73.

El desistimiento

El desistimiento se define como una renuncia procesal de derechos o de pretensiones. Al efecto, es necesario que nos refiramos a los tres tipos de desistimiento:

- desistimiento de la demanda
- desistimiento de la instancia
- desistimiento de la acción

En el desistimiento de la *demanda* tenemos una actitud del actor que retira el escrito de demanda antes de que ésta haya sido notificada al demandado. En este caso, la relación procesal aún no ha surgido. El desistimiento de la *instancia* implica, por el contrario, que el demandado ya ha sido llamado a juicio y entonces se requiere su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor. Finalmente, en el mal llamado desistimiento de la *acción*, lo que en realidad se tiene es una renuncia del derecho o de la pretensión; en este caso, el desistimiento prospera aun sin el consentimiento del demandado. Nuestros códigos de procedimientos han tratado deficientemente estas cuestiones; quizá los códigos de procedimientos civiles del Distrito Federal y de los estados de Sonora y Zacatecas han seguido una misma orientación cuando se refieren a todos estos problemas, aunque no sin ciertos equívocos terminológicos. Así, el art. 34 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* expresa que el desistimiento de la demanda (debería decir de la instancia) que se realice con posterioridad al emplazamiento requerirá el consentimiento del demandado y producirá el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. También establece que el desistimiento de la acción (*rectius*: derecho o pretensión) la extingue, aun sin consentirlo el demandado.

Los arts. 230, 192, 194 y 42 de los *Códigos de Procedimientos* de las entidades federativas mencionadas se refieren también a esta problemática.

De las tres figuras de desistimiento que examinamos resulta que la única que puede considerarse como autocompositiva es la última, o sea, el desistimiento llamado de la acción, porque como en rigor significa una renuncia de la pretensión o del derecho, de esta suerte, se soluciona el litigio al no haber ya pretensión y, según dijimos, sin la existencia de la pretensión no subsiste el proceso. Las otras dos formas de desistimiento no son en rigor autocompositivas, porque, tratándose del desistimiento de la demanda, cuando el demandado aún no ha sido llamado al juicio, resulta que el actor está en plena libertad para volver a plantear en un ulterior proceso la demanda que ha retirado, sin que el derecho de fondo se perjudique. Es obvio, pues, que en este caso no puede hablarse de una composición del litigio. Tampoco en el segundo caso de desistimiento de la instancia que, además, no sería precisamente unilateral, puesto que requiere el consentimiento de la contraparte

para operar y para ser efectivo. Pero, independientemente de lo anterior, de forma similar a como sucede con el desistimiento de la demanda también en este caso de desistimiento de la instancia no llega a resolverse ni a solucionarse el litigio, ya que lo único que sucede es que las partes, de común acuerdo, admiten que el proceso se termine sin que esa finalización del proceso pueda afectar sus derechos, los cuales quedan incólumes, intocados, es decir, sin estar perjudicados, y listos para replantearse en un proceso posterior, de todo lo cual resulta evidente que tampoco en el desistimiento de la instancia se tiene una forma autocompositiva genuina.

Finalmente, en cuanto al desistimiento de la acción, la cual constituye, ya hemos dicho, propiamente un desistimiento de la pretensión o del derecho, no tiene efectos jurídicos vinculatorios en el caso de los llamados derechos irrenunciables. En otras palabras, si se trata de derechos irrenunciables en función de que el sistema jurídico para protegerlos no ha permitido efectos jurídicos a la renuncia que de ellos se haga, resulta entonces que en estos casos la autocomposición, por medio de la renuncia, no está permitida por el estado para solucionar conflictos. Se trata, pues, de todos aquellos derechos que merecen una tutela o protección especial y que afectan el orden o el interés público, por ejemplo, derechos de familia, derechos alimentarios, o bien, derechos sociales, como los regulados por el derecho del trabajo o por el derecho de la seguridad social.

El allanamiento

El allanamiento es una conducta o acto procesal que implica el sometimiento por parte del demandado o de quien resiste en el proceso a las pretensiones de quien acciona. Como se observa, es una conducta característica del demandado o resistente respecto de las pretensiones del actor del proceso. En sentido etimológico, allanarse viene de "llano", es decir, de "plano" y, por tanto, allanarse es ponerse plano, no ofrecer resistencia, someterse pues a las pretensiones del contrario. El allanamiento es distinto de la confesión. La confesión es el reconocimiento de los hechos propios del que declara, o sea, tanto del actor como del demandado o de aquel que resiste la pretensión. Confesión y allanamiento son dos figuras distintas e inclusive, en algunos casos, hasta pueden ser opuestas. Puede haber allanamiento sin confesión y puede darse la confesión sin que exista el allanamiento. Si éste lo entendemos como el reconocimiento de las pretensiones, o más bien el sometimiento a las pretensiones, en la práctica de hecho se da el caso de que un demandado, aun negando los hechos que le atribuye el actor, es decir, negando la exactitud de los hechos relacionados como fundamentos de una demanda, para evitar el litigio y sus consecuencias se allane a las pretensiones del contrario. En el caso anterior estaríamos frente a un allanamiento y frente también a una actitud que no puede ser equiparada a la

confesión. Se deduce que el allanamiento no implica el reconocimiento expreso de la procedencia de la acción intentada, según lo expone Pallares.¹⁸ Si hemos concebido el allanamiento como un reconocer o, más bien, un someterse el demandado a las pretensiones del actor, dicha conducta no presupone necesariamente el reconocimiento de la procedencia legal de la acción intentada. Volvamos al caso en el cual el demandado niega los hechos que se le imputan y que sirven de fundamento para la acción y, sin embargo, se allana a la pretensión de la parte actora. El caso podría darse con objetividad en un juicio de divorcio, en el cual el cónyuge demandado niega todos los hechos de la demanda y, no obstante, se somete a la pretensión del contrario, es decir, se somete a la pretensión de disolución del vínculo matrimonial y a las posibles consecuencias de dicha disolución: el pago de alimentos, pérdida de la patria potestad, etc. Es evidente que aquí existe el allanamiento, pero no habiendo confesión, tampoco hay un reconocimiento de la procedencia legal de la acción.

Por otro lado, allanarse también puede significar procesalmente que alguna parte se conforme con una resolución del tribunal,¹⁹ aunque en este caso sería más propio hablar de conformarse y no de allanarse, puesto que el allanamiento propiamente dicho es un concepto que se refiere a una conducta exclusiva del demandado o del resistente, al someterse a la pretensión del colitigante actor o accionante.

Por último, debemos calificar al allanamiento como un acto de disposición de los derechos procesales y, de tal suerte, cabe también advertir que como acto dispositivo de los derechos procesales, sus efectos vinculatorios para aquel que lo realiza, o sea, para aquel que se allana, llegan a relativizarse de forma similar que en el caso del desistimiento, si existen cuestiones de orden o de interés público que puedan afectarse. En otras palabras, "el allanamiento no siempre obliga al juez a condenar al demandado, así sucede cuando el juez de oficio está obligado a examinar la procedencia de la acción".²⁰

La transacción

La transacción es la figura característica de autocomposición bilateral. Es un negocio jurídico a través del cual las partes, mediante el pacto, mediante el acuerdo de voluntades, encuentran la solución de la controversia o del litigio.

El *Código Civil para el Distrito Federal*²¹ prescribe que la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una contro-

versia presente o previenen una futura. Pero, al igual que el desistimiento y que el allanamiento, también la transacción tiene ciertos límites y el propio ordenamiento advierte que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio, y que será nula la transacción que verse sobre delito, dolo y culpa futuros; sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros; sobre sucesión futura; sobre una herencia, antes de visto el testamento si lo hay, y sobre el derecho de recibir alimentos, en razón precisamente del carácter de orden público de todas las cuestiones anteriores. Se reitera aquí el principio de que no todos los derechos son de libre disposición o pacto y, por ello, estas limitaciones tutelares y protectoras inspiradas en principios de orden y de interés público implican una limitación a la autocomposición como forma de solución de los litigios en cualquiera de sus manifestaciones, es decir, ya sea a través del desistimiento, del allanamiento o de la propia transacción.

¹⁸ Eduardo Pallares, *Diccionario de derecho procesal civil*, 4a. ed., Porrúa, México, 1963, p. 70.

¹⁹ *Ibid.*, p. 71.

²⁰ *Loc. cit.*

²¹ *Código Civil para el Distrito Federal*, arts. 2944, 2948, 2950 y siguientes.

La heterocomposición es una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social e implica la intervención de un tercero ajeno e imparcial al conflicto. En un principio, las partes en conflicto recurrían a la opinión de un tercero que de forma amigable trataba de avenirlos. Ésta es la amigable composición, que equivale según nuestro modo de entender a una forma de conciliación. En el cuadro 4.1 situamos la amigable composición en una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición; ello obedece a que surge de un pacto por medio del cual las partes admiten acudir a la opinión de un tercero, pero esta opinión, la del amigable componedor, no es aún vinculatoria ni obligada para los contendientes y, por ello, el amigable componedor sólo procura avenirlos, es decir, hacerlos que lleguen a un pacto de transacción, a un desistimiento o a un allanamiento. Lo que le da fuerza a la opinión de este tercero es la propia voluntad de las partes para acatarla o no.

Más adelante, en la evolución histórica de las formas de solución de la conflictiva social, las partes en conflicto pactan por anticipado que se sujetarán a la opinión que dicho tercero emita, y aquí surge la primera figura heterocompositiva que no es otra que el arbitraje. Porque cuando los contendientes acuden a ese tercero, ajeno al conflicto, y de antemano se someten a la opinión que dé sobre el conflicto, entonces surge ya bien delineada una figura heterocompositiva de solución, que como hemos ya apuntado, es el arbitraje, o sea, la solución del litigio mediante un procedimiento seguido ante un juez no profesional ni estatal, sino ante un juez de carácter privado que es el árbitro. Este árbitro estudiará el asunto, ofrecerá su opinión y dará la solución del conflicto, que recibe la denominación de *laudo*. Como veremos

en los siguientes capítulos, la historia de las formas de arbitraje hasta llegar al proceso propiamente dicho se encuentra ejemplificada en la historia procesal del pueblo romano. En las primeras etapas del desarrollo histórico del proceso de arbitraje, puesto que los magistrados o funcionarios públicos sólo entregaban a las partes una fórmula que éstas llevaban ante un juez privado, que era quien resolvía el conflicto.

Como forma más institucional y evolucionada de solución de la conflictiva social aparece el proceso jurisdiccional, que es el conjunto de actos desenvueltos por el órgano estatal jurisdiccional, por las partes interesadas y por los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados y que convergen en el acto final de aplicación estatal de una ley general al caso concreto controvertido, para dirimirlo o para solucionarlo; es decir, en el acto por el cual se sentencia. Muchas cuestiones han quedado sustraídas al arbitraje o a la posibilidad de ser solucionadas mediante pactos, acuerdos, renunciaciones o desistimientos de las partes. Es aquí cuando el proceso jurisdiccional se hace necesario y, a veces, indispensable e insustituible. Por ejemplo, el proceso penal es necesario para que se aplique la ley penal, aun en los casos de autotutela en los que debe abrirse ese proceso penal para calificar la legitimidad de la actitud autotutelar. Podemos imaginar muchos otros casos en que la conflictiva social sólo puede ser resuelta a través del proceso jurisdiccional. Simplemente baste pensar en los múltiples conflictos de carácter familiar como los divorcios, las cuestiones del estado civil de las personas, los juicios de alimentos, etcétera.

Independientemente de todo lo anterior, pensamos que el proceso es el mejor medio de solución de la conflictiva social. No todos están de acuerdo con esta opinión. Se aduce que el proceso jurisdiccional es un conjunto de trámites dilatados y muchas veces inútiles y costosos, y que, a través del mismo, no siempre se encuentra una solución correcta a la conflictiva social. La historia de la humanidad está llena de procesos jurisdiccionales absurdos. Muchos, más que ejemplos de aplicación de la ley y de la justicia, fueron verdaderos instrumentos de represión de situaciones y de aplicación de penas y castigos (Sócrates, Jesús, Juana de Arco, Galileo, Marat, Danton, Robespierre, Dreyfus-Zolá, Sacco, Vanzetti, procesos totalitarios nazis y soviéticos).²² Sólo que en este momento de nuestras reflexiones es conveniente hacer hincapié en el *carácter instrumental del proceso*. O sea, el proceso jurisdiccional no es sino un instrumento de aplicación del derecho, y, como todo instrumento, puede ser bien o mal empleado; por ello, el proceso en sí no puede calificarse de bueno o malo.

²² Cfr. Eis, Egon, *Enigmas de los grandes procesos*, Daimon, 1967.

La finalidad ideal que debe perseguir todo proceso jurisdiccional es solucionar controversias para lograr el equilibrio, la paz y la tranquilidad sociales. Si estas finalidades no se cumplen, no dependerá ello del proceso mismo, sino de los hombres que lo manejan. Así, el problema del proceso "no es de eliminación, sino de perfeccionamiento, es decir, de saber combinar en la ordenación de sus normas los principios que mejor sirvan para la obtención de sus fines".²³ Además, en cuanto a los límites de la actividad procesal, "el proceso no debe obstinarse en monopolizar la composición de los litigios [...] en segundo término, el proceso no debe ser utilizado para la consecución de fines anómalos (juicios simulados y fraudulentos) [...] en tercer lugar, el proceso no debe servir para perturbar la acción de los otros poderes del estado".²⁴

El proceso, como todo lo humano, no es perfecto, pero sí es perfectible. Concluimos con Alcalá-Zamora:

Pues bien: si mediante el acicate de la crítica, por un lado, y mediante la efectiva e inexorable exigencia de responsabilidad judicial en cuantos casos la reclamen, por el otro, se conjuran la desidia y la corrupción de los juzgadores, el proceso será dentro de sus imperfecciones humanas, el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres.²⁵

Volviendo al tema del arbitraje, visto en su carácter de forma heterocompositiva de solución de los conflictos, podemos pensar en él como un antecedente del proceso jurisdiccional. Como vimos, Carnelutti calificó al arbitraje de equivalente jurisdiccional, porque a través de él se obtiene la misma finalidad que se logra mediante el proceso jurisdiccional. En el arbitraje, las partes por un acuerdo de voluntad someten sus diferencias a la resolución de un juez eventual, privado y no profesional, al que llamamos árbitro.

Debe plantearse el problema relativo a si el arbitraje existe antes o independientemente del estado, o si éste, por el contrario, le da vida y lo reglamenta. Al margen de lo amplio o estrecho que haya sido el campo del arbitraje como antecedente histórico del proceso, lo cierto es que hoy no se le puede concebir sino únicamente reglamentado y tolerado por el estado en aquellos campos de lo jurídico en que se puede permitir. En algunos códigos de procedimientos, por ejemplo, en el de *Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, inclusive se encuentran reglas para la tramitación de tales juicios arbitrales.

Los juicios arbitrales pueden ser de estricto derecho o de equidad. Los primeros se llevan a cabo conforme a la ley, es decir, que el árbitro se sujeta a la misma.

²³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 226.

²⁴ *Ibid.*, pp. 234-235.

²⁵ *Ibid.*, pp. 238-239.

Los juicios de equidad dan lugar al libre arbitrio del juzgador, quien resuelve el caso concreto conforme a justicia. En el *arbitraje* de derecho hay un sometimiento a las reglas impuestas por el régimen jurídico; en el de equidad, no se da tal sujeción. Al igual que sucede con las figuras autocompositivas, tratándose del *arbitraje* (figura heterocompositiva) el estado limita sus posibilidades a determinado tipo de asuntos, porque no todos los casos le son sometibles; los asuntos en donde se ventilare alguna cuestión de orden o de interés público no podrán someterse al conocimiento de jueces privados. Por ejemplo, en el divorcio, en los asuntos del estado civil y en los juicios de alimentos, el orden estatal no permite el *arbitraje*. Los asuntos que pueden someterse deberán ser ajenos a cualquier esfera de orden o de interés público para que las partes tengan la libre disposición de los derechos respectivos. Lo cierto es que es una institución útil que presenta en muchos casos una forma rápida y fácil de solución de conflictos, en comparación con los procesos jurisdiccionales establecidos por el estado, los cuales frecuentemente son lentos, difíciles y costosos. Se le han señalado, entre otras, las siguientes ventajas: la circunstancia de que en las irregularidades fiscales no tenga el árbitro la obligación de denunciarlas y el juez estatal sí la tendría; el secreto, es decir, la discreción en cuanto a la materia de la contienda. En nuestros días, sobre todo tratándose de cuestiones de patentes, marcas, competencia industrial, es probable que a ciertos contendientes no les convenga la divulgación de determinadas cuestiones, y ello hace recomendable que recurran a esta institución; y, finalmente, la especialización y el avance tecnológico crecientes aconsejan en muchos casos que quienes diriman o resuelvan una controversia de cuestiones sumamente complejas, en las que el criterio técnico va a ser determinante, sean los peritos los especialistas de estas tecnologías, designados árbitros para solucionar estos conflictos.

Se ha discutido mucho acerca de si el arbitraje entraña o no ejercicio de jurisdicción. Hay numerosas opiniones en pro y en contra de ello. Nosotros pensamos que parte de la función arbitral se asemeja a la jurisdicción, pero que ésta es una función soberana estatal de por sí indelegable. Existe una peculiaridad o característica de la jurisdicción que no encontramos en el arbitraje: el imperio, es decir, esa parte de la función jurisdiccional que implica la potestad soberana del estado de imponer a los contendientes, si es necesario por la fuerza pública, el sentido y las consecuencias de la resolución dictada. Hasta esos extremos no puede llegar ningún árbitro. De todo lo anterior resulta que el laudo, una vez pronunciado por el árbitro, debe ser homologado por un juez estatal, y esta homologación es una especie de visto bueno o de calificación sancionadora que el estado le otorga al laudo arbitral. Toda ejecución del mandato contenido en un laudo debe ser hecha por un juez estatal.

7

Unidad o diversidad del derecho procesal

La idea unitaria de lo procesal está estrechamente vinculada con la denominación de esta disciplina, es decir, con la teoría general del proceso. Puede inclusive afirmarse que unidad procesal y teoría general del proceso son conceptos recíprocamente implicativos, que se remiten uno al otro. Si se postula la existencia de una teoría general del proceso, se afirma implícitamente cierta unidad de lo procesal. Diferencialmente existen dos posiciones:

- Posición unitaria o de la unidad procesal
- Posición separatista

Como forma jurídica, el proceso es uno solo. La diversidad se encuentra en los contenidos del proceso y no en el proceso mismo. En el plano del continente, donde está el proceso, existe unidad, mientras que en el contenido, donde están los litigios, hay diversidad. Podemos esquematizar estas ideas acerca de la unidad o acerca de la diversidad empleando los conceptos ya analizados de proceso, litigio, acción y pretensión:

Unidad	Diversidad
Continente	Contenido
Acción	Pretensión
Proceso	Litigio

En este esquema, cuyas ideas fundamentales ya se habían planteado, hemos añadido en el campo procesal la unidad y en el campo sustantivo la diversidad. El proceso es uno solo, mientras que el litigio puede ser civil, penal, administrativo, laboral, etcétera.

No debe desdeñarse la importancia doctrinal de ciertas posiciones separatistas. Insignes maestros y autores, sobre todo los que han cultivado ciertas disciplinas sustantivas, han sostenido la tesis separatista, impugnando la idea unitaria, y señalan con energía y con tesis atractivas que no es posible sostener una tesis unitaria por ejemplo, respecto de procesos como el civil y como el penal, los cuales, afirman dichos autores, tienen caracteres opuestos y están regidos por principios sustancialmente diferentes. Pertenece a este sector separatista la obra de Manzini, quien al respecto sostuvo posiciones opuestas a las de Carnelutti, estas últimas de orientación unitaria. En diversos sectores de la doctrina y de la enseñanza se siguen sosteniendo tesis separatistas, sobre todo por los maestros de determinadas disciplinas sustantivas. Por ejemplo, ciertos profesores de amparo, de procesal penal y de procesal del trabajo se resisten todavía a aceptar las tesis de unidad de lo procesal. Trataremos de demostrar en seguida que sus posiciones son erróneas y que existe una zona común de principios generales aplicables a todas las ramas procesales que está constituida precisamente por la teoría general del proceso.

Los problemas de unidad o de diversidad del derecho procesal pueden enfocarse desde tres puntos de vista:

- Unidad en lo académico o doctrinal
- Unidad en lo legislativo o en la codificación
- Unidad en lo jurisdiccional o en la función judicial

Unidad en lo académico o doctrinal

El primer problema radica en dar una respuesta a la pregunta relativa a si la ciencia procesal es una sola o si hay varias ciencias procesales. Al respecto, se ha subrayado que este problema de la unidad científica de lo procesal es un enfoque de unidad de los diversos procesos y no de identidad entre ellos. La teoría general del proceso no es sino un capítulo de la teoría general del derecho. La teoría general del derecho tiene una serie de enfoques o partes, como la teoría general del estado, la teoría general del delito, la teoría general de las obligaciones y la teoría general del proceso. Es indudable la existencia de diversas ramas de lo procesal, pero todas pertenecen a la teoría general del derecho. Es conveniente aquí recordar el símil que hace Carnelutti en relación con la teoría del proceso y las diversas ramas procesales: la metáfora del tronco y de sus ramas. El tronco común es lo unitario y las ramas, las diversas y posibles divisiones de la ciencia procesal, pero ninguna rama puede negar su entroncamiento precisamente con esa parte central y unitaria que es la teoría general del proceso. Es obvia la relación del todo con sus partes y no se trata de la identificación de una rama con otra, sino del señalamiento de que ambas proceden

de un tronco común y que éste es la teoría del proceso. En la figura 7.1 esquematizaremos esta idea del tronco y de sus ramas.

Ahora bien, por lo que se refiere a este aspecto doctrinal, habría que analizar el problema refiriéndonos a la producción bibliográfica procesal y a la forma en que se imparten las materias procesales en los estudios de derecho en las diversas escuelas y facultades jurídicas. Con raras excepciones, la producción bibliográfica procesal de carácter tradicional había sido separatista. Las obras unitarias surgen fundamentalmente cuando la evolución doctrinal llega a lo que podríamos calificar de procesalismo científico y que nace en Alemania durante la segunda mitad del siglo XIX, para extenderse después a Italia y posteriormente a España y a Iberoamérica. La situación doctrinal actual nos hace evidente que si bien sigue habiendo enfoques separatistas de las disciplinas procesales, ya hay un considerable sector de la doctrina que abraza las tesis unitarias. Desde luego, entre los sostenedores de las tesis unitarias destacan los nombres de Carnelutti en Italia y Alsina en Argentina. Alcalá Zamora y Castillo ha sido también paladín de las tesis unitarias a través de toda su obra, que es muy extensa. En México, la aportación reciente de Humberto Briseño Sierra²⁶ es indudablemente de carácter unitario.

Todo lo anterior no significa que no sea laudable que se sigan escribiendo obras sobre aspectos procesales concretos. Muy por el contrario, es deseable que la producción bibliográfica en materia procesal sea cada vez más abundante y de mayor rigor técnico y académico. Pero al mismo tiempo es deseable que todo enfoque de las materias procesales se haga partiendo de la base común que ofrece la teoría general del proceso.

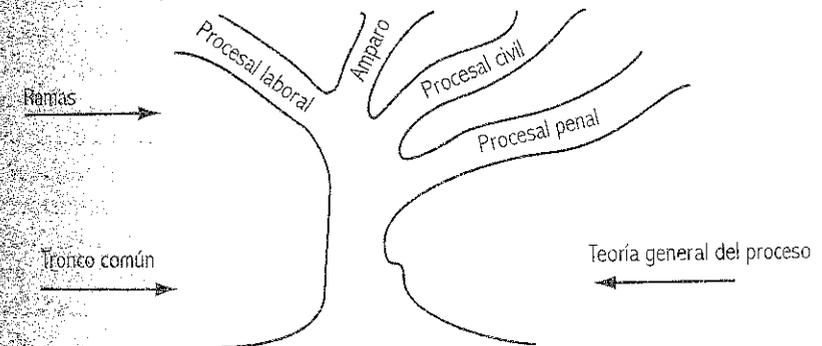


Figura 7.1. El tronco y sus ramas.

²⁶ Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal*, Cárdenas, México, 1969; 2a. ed., Oxford University Press, México, 1999.

En rigor, las divisiones que se hacen de la ciencia del derecho no dejan de ser artificiales y son meramente útiles, prácticas; sin embargo, en esencia, no tienen una razón sustancial de ser.

La implantación en las facultades y escuelas de derecho del curso de la materia teoría general del proceso es ya un principio de aceptación de la posición unitaria. Todas las consideraciones previas nos llevan a la conclusión de que los conceptos fundamentales de la teoría general del proceso tienen un carácter apriorístico independiente del contenido de un texto legislativo dado. Briseño Sierra dice que se comprende que la noción *a priori* del derecho procesal no abarque las manifestaciones positivas.²⁷ En tal virtud, no compartimos la idea de Alcalá-Zamora y Castillo en el sentido de que la teoría general del proceso perdería en gran parte su razón de ser si un código se extendiese a las diversas ramas de lo jurídico, entendiéndose un código procesal. Hacer depender la existencia de la teoría general del proceso de la estructura contingente e histórica de un código dado es restarle lo que tiene de universal y *a priori*. Es decir, la teoría general del proceso existe científicamente, con independencia de que los textos legislativos sean unitarios o no lo sean.

Unidad en lo legislativo o en la codificación

El problema relativo a la unidad legislativa procesal se plantea preguntando si es posible que haya un solo código procesal o si, por el contrario, es indispensable o al menos conveniente la existencia de diversos códigos procesales. Atendiendo al desenvolvimiento histórico de la legislación procesal, independientemente de que en algunos ordenamientos antiguos nuestra materia fuese regulada por códigos especiales o bien por partes determinadas de los cuerpos legislativos, como es el caso de la tercera de las *Siete Partidas*, lo cierto es que las legislaciones procesales surgieron a principios del siglo XIX casi como apéndices de las legislaciones sustantivas correspondientes. Así, junto al código civil surge el código de procedimientos civiles y junto al código penal, el código de procedimientos penales. El código de comercio, por su parte, tiene una sección dedicada a los aspectos del procedimiento judicial. La idea de la unidad procesal en materia legislativa con un criterio moderno surge posteriormente. La división clásica entre código de procedimientos civiles y código de procedimientos penales se hace más compleja por diversas causas. Así, el surgimiento de nuevas ramas jurídicas, como el derecho laboral, que también trae aparejados sus aspectos procesales, y, en países de régimen jurídico político

²⁷ *Ibid.*, 1a. ed., t. I, p. 60.

²⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, apdo. 41-E, p. 32.

como el nuestro, es decir, en países de estructura federal, el problema se hace mucho más complejo ante el absurdo de tener que soportar diversas legislaciones locales, en número de 32 en nuestro país, porque cada estado tiene atribución legislativa para emitir su propio código civil y su propio código de procedimientos civiles; y otro tanto sucede con los respectivos códigos penal y de procedimientos penales. Es decir, la diversificación legislativa ha llegado a extremos sumamente deplorables y negativos.

No hay ningún argumento válido que pueda convencernos de la necesidad de legislaciones diversificadas en materia procesal en un país dado; por el contrario, la unidad legislativa en materia procesal es ampliamente recomendable desde todos los ángulos. Un mismo código procesal puede regir diversas materias sustantivas, a saber: cuestiones civiles, penales, comerciales, fiscales, laborales, etc. Por lo demás, no puede sostenerse que determinadas notas o características procesales pertenecen con exclusividad a determinados tipos correspondientes de procesos, en función de la materia o en función política o de las características sociológicas del grupo humano en el que dichas normas deban aplicarse. Alcalá-Zamora y Castillo²⁹ ha dejado establecido claramente que las notas de oralidad o escritura, publicidad o secreto, dispositividad, sistema de apreciación probatoria, etc., no son propios ni exclusivos de ningún tipo especial de proceso.

Finalmente, bastan los ejemplos concretos de países en donde ha existido y existe una legislación procesal unitaria que regula diversos tipos de procesos, en cuanto al carácter diverso del litigio que se ventila, para concluir que es posible y recomendable esa unidad legislativa. El mismo autor,³⁰ después de señalar diversos antecedentes históricos de esa unidad legislativa en materia procesal, informa de la existencia de textos legislativos vigentes de contenido unitario en Panamá, Honduras, Dinamarca y Suecia, además de hacer hincapié en la existencia de unos principios o lineamientos generales, tanto aplicables para el proceso civil como para el proceso penal, en la ex Unión Soviética y otros aspectos concretos de unidad legislativa, en Cuba y en Puerto Rico.

Es evidente que la experiencia histórica ha demostrado la posibilidad del funcionamiento eficaz de sistemas de legislación unitaria procesal, y debemos propugnar la unificación de esa legislación, no sólo en función de las materias que abarque, sino también en razón de la necesidad de una legislación unitaria aplicable en las diversas entidades de un régimen federal como el de nuestro país.

²⁹ *Ibid.*, p. 25.

³⁰ *Ibid.*, p. 20.

Unidad en lo jurisdiccional o en la función judicial

También el aspecto relativo a la unidad procesal en materia de órganos jurisdiccionales es posible, pero quizás no sea recomendable. La experiencia histórica nos demuestra que las llamadas *divisiones de la jurisdicción*, con un criterio de especialización, van surgiendo por una necesidad de división del trabajo jurisdiccional del estado y porque la especialización misma se vuelve cada vez más necesaria, por la complejidad y profundidad de los problemas que surgen en cada rama y disciplina jurídica. De hecho, el juez único que conociera de los litigios de todas suertes no es algo desconocido ni imposible, pero parece ser que es recomendable la división de la jurisdicción en especialidades. Debe aclararse, sin embargo, que esta aceptación de una diversidad o separación jurisdiccional en el conocimiento de los litigios no entraña por sí misma ningún argumento favorable para las tesis separatistas. La diversidad de órganos jurisdiccionales, en función de la materia sustantiva del conflicto, no desdice ni contradice todos estos aspectos doctrinales ni legislativos de la unidad.

Después de muchas reflexiones acerca del problema de la unidad de lo procesal hemos llegado a la formulación de siete puntos que, a nuestro modo de ver, fundamentan esa unidad de lo procesal. No pretendemos que sean los únicos, sino sólo los más importantes argumentos de fundamentación de la unidad de lo procesal.

1. El contenido de todo proceso es un litigio.
2. La finalidad de todo proceso es la de solucionar el conflicto, o sea, dirimir el litigio o controversia.
3. En todo proceso existen siempre un juez o tribunal y dos partes que están supeditadas al tribunal o juez y que tienen intereses contrapuestos entre sí.
4. Todo proceso presupone la existencia de una organización de tribunales, con jerarquías y competencias, es decir, con un escalonamiento de autoridad y con una distribución de funciones.
5. En todo proceso existe una secuencia u orden de etapas, desde la iniciación hasta el fin del mismo.³¹
6. En todo proceso existe un principio general de impugnación, o sea, que las partes deben tener los medios para combatir las resoluciones de los tribunales cuando éstas sean incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares, o no apegadas a derecho.
7. En todo proceso existen las cargas procesales, como necesidades de actuación de las partes.

³¹ *Infra*, cap. 22, en el que se tratan las etapas de desenvolvimiento del proceso.

Para explicar y ampliar el contenido de los principios anteriores, que a nuestro modo de ver sirven de fundamento a la unidad de lo procesal, digamos lo siguiente:

1. *El contenido de todo proceso es un litigio.* Hemos sostenido en reiteradas ocasiones que el contenido de un proceso siempre es un litigio. Es decir, el litigio se encuentra dentro del proceso y es el contenido del mismo, a grado tal que no puede existir un proceso sin que exista un litigio como contenido del mismo. De aquí deberá advertirse que rechazamos la idea de la existencia de procesos sin litigio. Inclusive en el proceso penal, en el que a veces se ha querido negar la existencia de un litigio, si se encuentra, y está constituido por el conflicto que se da entre la pretensión punitiva del estado mediante la acusación y la resistencia a esa pretensión no solamente de parte del procesado, sino también de los órganos de la defensa. Desde luego, hay una gran serie de tramitaciones y de procedimientos que se desarrollan ante las autoridades judiciales y que, por tanto, se acercan al proceso, y además, la ciencia procesal en muchas ocasiones los estudia y los comprende. Pero de esto no se desprende que tales trámites o procedimientos tengan una naturaleza esencialmente procesal. Por eso reiteramos la idea de que el contenido de todo proceso, de todo proceso genuino, debe entenderse, es siempre un litigio.

2. *La finalidad de todo proceso es solucionar el conflicto.* La finalidad de todo proceso es solucionar o resolver el litigio, sin perjuicio de que a través del mismo proceso se obtenga una declaración acerca de la certeza de determinado derecho o de determinada situación, amén de otras consecuencias de tipo constitutivo o de tipo condenatorio que la solución del litigio traiga aparejadas.

3. *En todo proceso existen siempre un juez o tribunal y dos partes supeditadas y contrapuestas.* En este punto cabe destacar que también en todo proceso encontramos la existencia de un tribunal o juez y de dos partes supeditadas que tienen intereses contrapuestos entre sí. Aquí simplemente se desarrolla la idea de la estructura triangular de la relación procesal, que se ejemplificaría teniendo al juez o titular del órgano jurisdiccional en el vértice superior del triángulo y a las dos partes contendientes en los otros dos vértices inferiores.³²

4. *Todo proceso presupone la existencia de una organización de tribunales.* Todo proceso presupone una organización judicial de tribunales con jerarquías, competencias y con una distribución de funciones. De los tres poderes del estado el judicial es el más ligado a esta idea, pues es el que naturalmente debe desempeñar las funciones jurisdiccionales. El poder judicial, ya sea el federal o cualquier local, tiene una organización en la que están encasillados los aspectos de jerarquía y de competencia,

³² *Infra*, cap. 24. Este tema de la triangularidad está relacionado con la tesis de Briceño Sierra, identificada como la acción como instancia proyectiva.

es decir, una estructura jerarquizada y una distribución de funciones.³³ Lo anterior no prejuzga ni excluye la posibilidad de que haya tribunales que no pertenecen al poder judicial, pero que, en cualquier forma, al ser tribunales implican una organización de tipo judicial en cuanto al reparto de funciones, es decir, en cuanto a la competencia, la distribución de actividades y el aspecto de jerarquías de los propios órganos que imparten jurisdicción. Es el caso de múltiples tribunales fiscales, administrativos, del trabajo y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal, que sin ser propiamente tribunales judiciales, sí son jurisdiccionales y ante ellos, por tal circunstancia, se desenvuelven genuinos procesos.

5. *En todo proceso existe una secuencia de etapas.* La existencia de una secuencia de etapas en todo proceso también es una característica general. Es verdad que en términos generales dichas etapas no necesariamente suelen ser idénticas de un tipo de proceso a otro. Pero es indudable que existe una primera gran etapa que podemos denominar *de instrucción* y, después, una segunda gran etapa que llamamos *de juicio*. Posteriormente y con mayor detalle habrán de tratarse los diversos aspectos de las etapas del proceso.³⁴

6. *En todo proceso existe un principio general de impugnación.* Por regla general, en todo proceso existe un principio de impugnación, entendido éste como la posibilidad de las partes de combatir las resoluciones equivocadas, ilegales, injustas o no apegadas a derecho del tribunal. Inclusive puede haber procesos que no tengan recursos, pero es muy difícil que pudiera encontrarse un proceso que no admita un medio de impugnación, inclusive, en muchos casos, mediante otro proceso ulterior. Como habremos de ver con mayor detenimiento,³⁵ la finalidad o resultado procesal de todo medio de impugnación es llegar a alguna de estas tres posibilidades:

- a. La *confirmación* de la resolución. Es decir, cuando al revisarse o reexaminarse la resolución impugnada, se encuentra que era correcta y apegada a derecho. En este caso, se confirma la resolución impugnada.
- b. La *modificación* de la resolución. En este caso, se reconoce que la resolución impugnada estaba mal o fue emitida equivocadamente y, por ello, se modifica, cambiando sustancialmente su contenido y su alcance.
- c. En el caso último, se *revoca* la resolución. Esto implica que utilizando el medio impugnativo se deje sin efectos, insubsistente, la resolución impugnada, por estar mal dictada, equivocada o no apegada a derecho.

³³ *Infra*, caps. 32-34.

³⁴ *Infra*, cap. 22.

³⁵ *Infra*, cap. 60.

7. *En todo proceso existen las cargas procesales.* Los conceptos de cargas procesales junto con los de posibilidades y expectativas son aportaciones de James Goldschmidt a la ciencia procesal.³⁶ La carga procesal es una obligación en beneficio propio, es decir, una conducta que de no realizarse perjudica al omiso; existen las cargas de presentar o contestar la demanda, de ofrecer pruebas, de impugnar. Si no se realizan las conductas respectivas dentro de los plazos y oportunidades que las leyes determinan para ello, precluyen los derechos y, por tanto, no se liberan de las cargas respectivas los sujetos interesados. Todo esto hace resaltar la importancia de las actitudes de diligencia o de negligencia o abandono de las conductas necesarias a asumirse por las partes, conductas de las cuales dependerá el buen o mal éxito del proceso.

³⁶ *Cfr. infra*, cap. 43.

Durante las etapas primitivas de los pueblos, en todas las manifestaciones culturales, en el arte, en la religión, en la ciencia embrionaria, en la moral o en el derecho, sucede un fenómeno de paralelismo, es decir, se presentan rasgos similares de evolución. Así, en cualquier comunidad primitiva observamos que la administración de justicia está en manos de un jefe, de un consejo de ancianos o de un brujo y que la solución de los litigios tendrá características místicas o mágicas religiosas. Al evolucionar estas comunidades primitivas toleran y reglamentan ciertas formas autocompositivas y es identificativo de muchas comunidades primitivas que, inclusive en delitos graves como el homicidio, se contase con un amplio margen de negociación entre las partes afectadas. Por ejemplo, si un miembro de una familia mataba a alguien de otra familia, el grupo social victimado podía arreglarse con el ofensor mediante alguna compensación, como la entrega de animales o bienes o la prestación de cierto servicio.

En estas comunidades primitivas los procesos se caracterizan por su formalismo y teatralidad. Estos rasgos podían consistir en gestos, actuaciones, determinadas palabras sacramentales, inclinaciones, etc., sin los cuales los actos procesales carecían de validez. Podemos decir que algunos de estos gestos y actitudes son los antecedentes más remotos de las formas y de los formalismos procesales actuales.

Si se postula, como lo hemos hecho, la tesis de que todos los procesos de los pueblos primitivos presentan rasgos similares, se llega a la conclusión de que los rasgos peculiares o distintivos, es decir, el estilo, tanto en las demás manifestaciones culturales como en el derecho, es algo que se adquiere sólo a través de una prolongada evolución. Es decir, los rasgos distintivos sólo aparecen con la evolución de

los grupos sociales, de allí que se insista que los procesos jurisdiccionales primitivos de todos los pueblos de la Tierra presentan rasgos comunes, paralelos y similares. Briseño Sierra, refiriéndose al pensamiento del jurista alemán Kohler, dice: "Al confrontar las fuentes históricas europeas y americanas, se observa que el proceso tuvo una formación natural, significando con ello que no se trata del descubrimiento que pueda reclamar pueblo alguno para sí."³⁷

Y es que la ciencia no tiene patria, y en ella, "el patriotismo conduce fácilmente a errores".³⁸

Es un absurdo y una expresión de exagerado patriotismo creer que Europa fue la cuna de todas las instituciones culturales. En realidad, el predominio mundial político y económico le ha correspondido a Europa por muchos siglos y esa hegemonía le ha permitido imponer sus moldes de vida, su idiosincrasia, sus religiones (no obstante que las haya tomado del Medio Oriente); en una palabra, sus moldes culturales. Ahora bien, las instituciones culturales, el derecho, la ciencia, etc., no son patrimonio de ningún pueblo ni de ningún grupo de pueblos, y lo que expresa Briseño citando a Kohler implica la necesaria consideración de que todos los fenómenos sociales de cualquier tipo de institución no pueden ser considerados exclusivamente como un monopolio histórico de un pueblo o de un grupo de pueblos. Los orígenes de la función jurisdiccional y de las formas procesales son propios de todos los pueblos de la Tierra, de Asia, África, América o Europa. Una consideración opuesta nos lleva a enfoques parciales y distorsionados.

Así, el proceso primitivo de cualquier pueblo de la Tierra es similar, en sus rasgos fundamentales, a los procesos primitivos de los demás pueblos. El proceso primitivo romano, el de la etapa de las acciones de la ley, es también un proceso severo, cruel, con procedimientos rápidos, con ausencia de tecnicismos, con posibilidades limitadas de defensa y con penas o soluciones drásticas. Por ello, dichas características no pueden ser señaladas como exclusivas del proceso azteca, según lo pretende Esquivel Obregón.³⁹ La crueldad en las soluciones no puede ser exclusiva de ningún pueblo primitivo; baste pensar en el caso de la acción *manus iniectionis* de los romanos, que no sólo permitía, como en muchos otros pueblos primitivos, el sometimiento físico del deudor por parte del acreedor y la vejación de llevarlo a exhibir al mercado, sino también la posibilidad extrema de que si ese deudor no pagaba y los acreedores fueran múltiples, pudieran matarlo entre ellos y repartir sus restos mortales. Ahora pretenden algunos historiadores que esa acción jamás se aplicó

³⁷ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. I, p. 71.

³⁸ Giuseppe Chiovenda, "Romanismo y germanismo en el proceso civil", en *Ensayos de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 336.

³⁹ Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la historia del derecho en México*, t. I, Polis, México, 1937, p. 391.

entre los romanos. Comoquiera que sea, lo cierto es que las características de ese procedimiento están dadas así y es dable pensar que en todo pueblo primitivo han estado presentes los sacrificios humanos, pero parecen menos prosaicos y más altruistas los sacrificios de tipo religioso que los burdos sacrificios humanos del pueblo romano primitivo por deudas de carácter meramente civil.

La brutalidad y el primitivismo no son, pues, tampoco, patrimonio exclusivo de ningún pueblo y todos comparten en menor o mayor medida dosis de tales brutalidades.

El pueblo azteca, dentro de su grado de evolución social, contaba con tribunales y con un proceso más o menos organizado.

Esquivel Obregón⁴⁰ se refiere a la existencia de una genuina, aunque primitiva, organización judicial. La máxima autoridad era el rey, quien, sin embargo, tenía al lado, en cierta situación de paralelismo, al funcionario gemelo mujer, que era el Cihuacatl, el que tenía funciones jurisdiccionales en grado de apelación o segunda instancia. Había tribunales como el Tlacatécatl. Existía una casa o edificio donde residían los tribunales. La oralidad en los procedimientos era una característica fundamental. Los jueces tenían la obligación de asistir a los tribunales, y éstos deberían funcionar desde la salida hasta la puesta del Sol. Los cronistas e historiadores de la Conquista dan noticia de la existencia de los tribunales, de las características de su funcionamiento, del rigor de los jueces no solamente con aquellos sujetos a sus decisiones sino del rigor para con ellos mismos, en cuanto a la conducta rigurosa e intachable que se imponían. Por ejemplo, Bernal Díaz del Castillo,⁴¹ en su maravillosa descripción del mercado de Tlatelolco, habla entre otras cosas de los jueces mercantiles que acudían a la plaza desde antes de su instalación hasta que ésta quedaba vacía, y estaban prestos para administrar una justicia rápida y expedita en el momento o en el lugar mismo en que se necesitare. Estos señores jueces se sentaban en un sitio especial, iban acompañados por su séquito y daban solución a las controversias surgidas entre los comerciantes. Es recomendable, también, para ahondar más acerca de estos aspectos de la organización judicial de las culturas prehispánicas, la obra de Romero Vargas, que constituye un amplio y documentado estudio no sólo enfocado a la organización judicial, sino a la organización jurídica política de todos los pueblos del Anáhuac.⁴²

Al igual que la brújula o la pólvora son patrimonio de todos los pueblos de la Tierra, aunque dichos inventos no tengan precisamente un origen europeo, por lo

⁴⁰ *Ibid.*, t. I, pp. 387 y 389.

⁴¹ Bernal Díaz del Castillo, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, Porrúa, México, 1966, pp. 158 y 159.

⁴² Ignacio Romero Vargas Iturbide, *Organización política de los pueblos del Anáhuac*, Libros Luciérnaga, México, 1957, pp. 290-315.

que se refiere a las instituciones procesales es indudable que éstas y las técnicas o mecanismos procesales en sus desarrollos primitivos también se originaron en las diversas culturas. No es posible atribuir la paternidad de lo procesal ni mucho menos de lo jurídico en general a pueblo alguno. Es indudable que un enfoque analítico de las conductas procesales de los pueblos primitivos es de mucho interés. Por ejemplo, sabemos que en Egipto se llegaron a desarrollar las pruebas periciales de tipo topográfico, por los frecuentes problemas que había respecto a la fijación de los límites de los predios después de las crecidas anuales del río Nilo, que hacían desaparecer las mojoneras que separaban unas propiedades de otras. Los agrimensores surgieron como peritos muy útiles para la delimitación de los predios. El proceso ateniense se caracterizó por su tinte democrático y de tendencia publicista, al desarrollarse a la vista de todo el pueblo en la plaza pública denominada *ágora*, en la cual se desenvolvían todos los actos de gobierno y por lo mismo también los actos procesales. Sería posible referir análisis de antecedentes procesales en todas las culturas antiguas, como China, la India, Mesopotamia, o a todos los grandes pueblos que surgieron en la Cuenca del Mediterráneo, desde los fenicios hasta los romanos, pasando por Egipto y Grecia. Y otro tanto puede decirse de todas las culturas prehispánicas. Los datos que tenemos sobre los procesos azteca, maya e inca desde luego que son imprecisos, pero tal imprecisión no justifica de ninguna suerte que pueda tolerarse una absurda actitud de desdén intelectual por el estudio histórico de tales antecedentes.

9

Roma

Haremos un análisis breve y un enfoque sintético de los aspectos fundamentales de la evolución del proceso romano, acentuando su relevancia como antecedente más importante de las construcciones sistemáticas y doctrinales posteriores. Al pueblo romano le tocó en suerte llevar el desarrollo de su derecho, desde el punto de vista técnico y sistemático, a alturas jamás alcanzadas por otros pueblos de la antigüedad. Se ha señalado con insistencia el carácter militar y jurídico de Roma. Son probablemente estas dos características de los romanos, es decir, las de ser un pueblo jurista y guerrero, las que determinaron a las instituciones romanas, que perfeccionadas y decantadas favorecieron la existencia de un imperio de tan larga duración en la historia de la humanidad. Otros imperios han estado basados, por ejemplo el imperio macedónico, en la figura de algún hombre o en alguna tradición o enfoque de validez menos prolongada. Las instituciones romanas perduraron a través de los siglos y muchas de ellas siguen aún vivas, no solamente en el campo del derecho, en cuanto a los aspectos de análisis técnico de varias de las instituciones fundamentales que le son propias. Piénsese que el cristianismo se amolda a la estructura del imperio, posiblemente con una visión inteligente de los cristianos de esas épocas, que al romanizar la religión le dan un carácter institucional del cual carecía y la proyectan indudablemente con un muy buen éxito al paso de los años. Para un estudio más amplio y profundo de los aspectos de la historia del proceso en Roma, es recomendable consultar la obra *Procedimiento civil romano* de Vittorio Scialoja.⁴³

⁴³ Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1954.

La historia de Roma se divide en tres etapas:

- La monarquía
- La república
- El imperio

Sin que la coincidencia sea exacta, también tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso en Roma, que en términos generales se pueden enmarcar dentro de esas tres fases de la historia general del pueblo romano. Así, durante la monarquía, que es una fase primitiva de desarrollo en todos los ámbitos culturales y sociales, tenemos la etapa llamada *de las acciones de la ley*. Durante la república se nos presenta la etapa denominada *del proceso formulario*, y en el imperio surge el llamado *proceso extraordinario*. Es decir, tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso jurisdiccional romano, las dos primeras pertenecientes a lo que se llamó el orden judicial privado y la tercera, perteneciente a lo que se ha denominado el orden judicial público. El esquema siguiente nos será de suma utilidad para captar esta clasificación:

<i>Ordo iudiciorum privatorum</i>	{	Acciones de la ley Proceso formulario
<i>Ordo iudiciorum publicorum</i>	{	Proceso extraordinario

Tanto durante la vigencia de las acciones de la ley como del nominado proceso formulario, o sea, durante toda la época del llamado orden judicial privado, se contemplan aspectos significativos de tendencia autocompositiva. Se le llama *orden judicial privado* porque las partes acudían primero ante un magistrado, funcionario público, y ante él exponían sus pretensiones. Este magistrado o pretor no resolvía el conflicto, sino que únicamente expedía una fórmula y las partes llevaban esta fórmula ante un juez privado que era quien resolvía. El orden judicial privado es por ello toda una etapa en la que el proceso presenta vestigios muy fuertes de autocomposición y se asemeja todavía al arbitraje. Por el contrario, en el orden judicial público, las partes acuden ante un magistrado, pero ya el proceso no presenta dos etapas, sino que se han unificado para desenvolverse ante un solo funcionario. Aquí, en el orden judicial público, las pretensiones y resistencias de los litigantes se presentan ante el magistrado, funcionario público, que ya no expide una fórmula sino que toma nota de la posición de cada parte, conduce el proceso a través de sus pasos y dicta la resolución. Nótese que en este proceso extraordinario ya tenemos las características fundamentales de los procesos jurisdiccionales actuales, en cuan-

to a que es un órgano estatal el que conoce de las pretensiones, conduce el proceso en sus diversas etapas y resuelve el litigio planteado.

Examinaremos de forma muy breve algunas cuestiones sobresalientes de esas tres etapas de desarrollo del proceso en Roma.

Las acciones de la ley

Estas acciones de la ley son procedimientos rigurosos enmarcados en cierto ritualismo muy vecino a la religiosidad. Parecen encontrar su fundamento en la *Ley de las Doce Tablas*. Más que una clasificación genuina de acciones o de pretensiones, las acciones de la ley constituían diversas formas autorizadas de procedimientos con características propias. "Cuando se habla de *Legis Actio*, se entiende pues, que se habla de un modo de proceder que se adapta a diversos derechos, y no de acción en el sentido de aquella determinada acción que corresponde a aquel determinado derecho."⁴⁴

En el desarrollo de estas acciones ante los magistrados, y más que desarrollo de acciones debería hablarse de desarrollo de procedimientos, las partes debían adoptar las palabras, los gestos y las actitudes prescritas por la ley. Un error en la palabra, en la actitud o en el gesto podían determinar que el pleito se perdiera. Es decir, hay un exceso rigorista y formalista en estas primitivas acciones de la ley. Las acciones de la ley eran cinco formas de actuación. Tres de ellas eran de carácter declarativo y las dos últimas de carácter ejecutivo.

El siguiente esquema nos muestra la idea anterior:

Acciones de la ley de carácter
declarativo

1. *Legis actio sacramento*
2. *Legis actio per iudicis postulationem*
3. *Legis actio per conditionem*

Acciones ejecutivas

4. *Legis actio per manus iniunctionem*
5. *Per pignoris capionem*

Un estudio analítico de estas acciones de la ley puede encontrarse en cualquier texto de derecho romano y en especial remitimos a la obra citada.⁴⁵

⁴⁴ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁵ *Loc. cit.*

En la *actio sacramento* las partes en litigio hacían una especie de apuesta y el perdedor debía pagarla. El monto de lo perdido se destinaba a los gastos del culto. Hay en toda la teatralidad de esta acción un verdadero reto entre las partes que afirman que ambas tienen el derecho sobre una cosa o persona. La segunda de dichas acciones, la *postulationem*, tenía como objeto fundamental que el pretor, previo pedimento de las partes, nombrase a un juez o a un árbitro para dirigir el litigio. En la *actio per conditionem*, las partes afirmaban también ante el pretor sus pretensiones y resistencias, y si el demandado negaba la pretensión del actor, entonces éste lo emplazaba para que en el plazo de 30 días compareciesen ambos ante el juez. La *manus iniectio* era una acción ejecutiva que se ejercitaba sobre personas, es decir, sobre la persona del deudor, el cual era llevado ante el magistrado, por el acreedor, inclusive por la fuerza si el deudor se resistía. Mediante esta forma primitiva se llegaba a establecer una verdadera prisión particular por deudas de carácter privado, y el sometido a la *manus iniectio* podía inclusive también ser sometido a consecuencia de ella a la esclavitud. En la *pignoris capio* se tiene el antecedente de las ejecuciones sobre cosas. Se quiere ver en la *pignoris capio* la constitución de una garantía del propio crédito por el deudor. Hay antecedentes, pues, de la prenda y del embargo en este procedimiento de las acciones de la ley. Se trataba de una aprehensión sólo a título de pena. Se retenía la cosa hasta que se hubiese realizado el pago para rescatar la cosa. Se podía llegar hasta la destrucción del objeto mismo en pena, por la falta de pago.⁴⁶

El procedimiento formulario

Al procedimiento de las acciones de la ley sólo tenían acceso los ciudadanos romanos patricios. Como el procedimiento de estas acciones estaba íntimamente ligado con las prácticas y con el espíritu religioso, entonces es fácil advertir que las mismas no eran accesibles para los plebeyos ni mucho menos para los peregrinos o extranjeros. Al crecer y desarrollarse Roma, fue necesario idear otras formas o sistemas de solución de los conflictos a los cuales tuvieran acceso los plebeyos y los no romanos, es decir, también los peregrinos. Tal parece que la figura de un nuevo magistrado, el *pretor peregrini*, había de ser determinante para crear el procedimiento formulario, el cual venía a permitir formas más ágiles y más rápidas de solución de los conflictos sin que dentro de este procedimiento hubiese necesidad de sujetarse al rigorismo y al enmarcamiento de las acciones de la ley.

El periodo formulario, que persiste casi sin alteración desde Augusto hasta Diocleciano, coincide con la época de oro del derecho civil romano, cuyo fundamento procesal es

⁴⁶ *Ibid.*, p. 154.

precisamente la *fórmula*, de donde se destaca la gran importancia del estudio de ella, al extremo de que no se comprenden muchos principios sustanciales del derecho civil si no se tiene una noción clara de este procedimiento, que constituía su última sanción. La *fórmula*, hemos dicho, es una instrucción escrita con la que el magistrado nombra al juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia.⁴⁷

A través, pues, del proceso formulario, el pretor magistrado tiene una mayor posibilidad de adaptar la *fórmula* al caso concreto que se somete a su consideración, y es precisamente aquí donde surge esa institución tan admirablemente manejada por los juristas romanos, que es la equidad entendida como la justicia aplicada a un caso concreto. Las partes fundamentales de la *fórmula* eran la *intentio*, la *demonstratio*, la *adiudicatio* y la *condematio*. Scialoja⁴⁸ las explica en los términos siguientes:

La *demonstratio*, como lo indica la palabra misma, es en sustancia una enunciación del hecho, que constituye el fundamento de la litis [...] la *intentio* [...] es aquella parte de la *fórmula* en la que el actor concluye o expone sucintamente su demanda [la *adiudicatio* implica la potestad por la cual] el juez debe atribuir la cosa, o parte de la cosa, o derechos sobre la cosa, a alguno de los litigantes [...] la *condematio*, pues, es la última parte de la *fórmula* y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo.

Las anteriores no son las únicas partes de la *fórmula*, sino sólo las más importantes. A medida que se desarrolló el proceso formulario en la evolución del derecho romano, la *fórmula* se fue enriqueciendo con diversos elementos. Así, se insertaron las llamadas prescripciones a favor del actor, o a favor del reo, y finalmente las excepciones como elementos condicionantes de la condena. Es decir, el pretor indicaba al juez que si se daba equis condición debería condenar siempre que no se presentara la circunstancia zeta. Este elemento de que siempre que no se presente la circunstancia zeta, constituye la excepción de la *fórmula*. Para un estudio más amplio del proceso formulario romano⁴⁹ también remitimos a las obras especializadas de derecho romano, y en especial a la de Scialoja.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 159.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 159-160.

⁴⁹ Pueden consultarse los libros de Eugene Petit, *Derecho romano*, México, Porrúa, 2002; y Guillermo Floris Margadant S., *Derecho privado romano*, México, Esfinge, 1999; *Derecho romano*, Esfinge, México, 2000.

El proceso extraordinario

Según quedó precisado, este proceso llamado *extraordinario* aparece como una manifestación del orden judicial público. Su característica principal es que mientras en las acciones de la ley y en el proceso formulario hay una duplicidad de etapas, puesto que existe una primera ante el magistrado, funcionario estatal, y otra segunda, ante un juez particular o privado, en esta tercera etapa, la del proceso extraordinario, tal duplicidad desaparece para que tengamos una sola que se desenvuelve toda frente a un funcionario estatal, el magistrado. Parece ser que los jueces privados cayeron en descrédito y, por otra parte, es indudable el robustecimiento del estado romano. Estas dos circunstancias permiten que en un momento histórico prevalezca el proceso extraordinario, con una sola fase, sobre el anterior proceso formulario.

10

Los germánicos

Como es bien sabido, se señalan como causas de la decadencia del imperio romano, entre otras, el surgimiento del cristianismo y las llamadas *invasiones bárbaras* o *marcha de los pueblos germánicos hacia el sur*. Estos pueblos germánicos se desplazaron desde el norte de Europa hacia Italia, Francia y España, lo que provocó el choque de las dos culturas, romana y germánica, y señaló el inicio de la Edad Media. El proceso germánico se ha querido caracterizar como de índole publicista, frente a la tendencia predominantemente privatista del derecho romano. Es decir, mientras que en determinados enfoques del derecho civil romano prevalece o se protege con mayor rigor el derecho del individuo frente a la colectividad, en el derecho germánico la nota de acentuación es el predominio de los intereses de la colectividad sobre los del individuo.

Tiempo antes del colapso de Roma era común la migración de pueblos que provenían del norte y se desplazaban hacia el sur. En un principio, los romanos vieron con desdén esas marchas y no hicieron mucho caso al respecto. Después, esas invasiones coincidieron con la decadencia por la que atravesaba Roma. Los pueblos invasores traían procesos primitivos, con particularidades mágicas religiosas, que toleraban formas autotutelares y autocompositivas. La mezcla de los elementos romanos y germánicos daría origen posteriormente a los procesos medievales.

Goldschmidt⁵⁰ resume las características principales de lo que él llama el procedimiento alemán hasta la recepción del derecho romano. Existía una asamblea del pueblo o de los miembros libres del pueblo, llamada el *Ding*, ante la cual el juez

⁵⁰ James Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona, pp. 14-18.

solamente intervenía como instructor, es decir, como un investigador del derecho y un director de los debates. La sentencia era pronunciada por esta asamblea, como resultado de una propuesta de la que, a su vez, después recaía un mandamiento del juez, concreto, que hacía ya las veces de una sentencia. El proceso, al lado del cual existe aún la autodefensa, es común tanto para las cuestiones civiles como para las penales y su fin es el de obtener una reparación, procurando inicialmente un acuerdo entre las partes y, si éste no se logra, entonces coactivamente el pago de una sanción pecuniaria, con objeto de evitar la venganza del lesionado o de su tribu. El procedimiento es público, oral y de rigor formalista, "como sucede en todo procedimiento en el que el derecho material es incierto y el poder del juez, escaso".⁵¹ Las pruebas no se dirigen al tribunal sino al adversario. Al lado de las actuaciones procesales, hay un constante regreso a las formas autotutelares y en especial al duelo, al juicio de Dios y a las ordalías. Se emplean, al mismo tiempo, una serie de pruebas que son comunes a muchas culturas primitivas, como la prueba del agua caliente, la del fuego, la del hierro candente, el duelo, la ordalía aleatoria y la prueba del agua fría.

No es propósito de este libro el análisis histórico profundo de estas épocas de desarrollo del proceso. Para ello remitimos, de nuevo, a las obras especializadas.

11

Proceso medieval italiano

En Italia se completa la fusión de los procedimientos romano y germano. El fondo de la misma está constituido por el derecho longobardo-franco, que luego evoluciona bajo el influjo de teorías romanas y de las leyes eclesiásticas y estatutarias.⁵²

La jurisdicción está en manos de los funcionarios, al lado de los cuales se desarrolla la abogacía. El proceso comienza con una citación con plazo hecha al demandado, plazo dentro del cual se presenta la demanda. Contra ésta, el demandado puede oponer excepciones impeditivas o dilatorias sobre las cuales se ha de decidir de nuevo en otro plazo determinado. La *litis contestatio* se entiende como una incorporación del demandado a la contienda, en el caso de que no oponga excepciones. En cierta forma hay un retorno al proceso clásico romano. Una vez que se afinan las cuestiones que son materia propia de la controversia se recibe el pleito a prueba con la circunstancia de que rige una teoría probatoria legal o formal, es decir, reglas determinadas para la apreciación de las pruebas. La sentencia puede ser impugnada por apelación y, en un grado de desarrollo más avanzado, por medio de la *querella nullitatis*, por la cual se pide la nulidad de la sentencia.⁵³ Esta querella de nulidad se remonta al derecho romano y es uno de los precedentes históricos de la casación actual,⁵⁴ que encontramos configurada en lo que llamamos *amparo directo* en el sistema jurídico mexicano.

La característica principal del proceso medieval italiano es su lentitud. Contra ella, desde la mitad del siglo XIII se iniciaron reformas conducentes a obtener una

⁵¹ *Ibid.*, p. 15.

⁵² James Goldschmidt, *op. cit.*, p. 18.

⁵³ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁴ Cfr. Piero Calamandrei, *La casación civil*, Bibliográfica, Buenos Aires, 1961.

mayor rapidez en el procedimiento. En virtud de estas reformas, surgen los juicios de tipo sumario que, según Goldschmidt, son los tres siguientes:

- a) El llamado *procedimiento ejecutivo*, merced al cual, con base en su misión del deudor o de determinados documentos dotados por la ley de una fuerza ejecutiva, se llega directamente a la ejecución, o a una cognición sumaria.
- b) El proceso de mandato condicionado o no condicionado, enlazado aquél con el procedimiento interdictal romano, y éste con el procedimiento monitorio.
- c) El procedimiento de embargo que se propone lograr una garantía de la ejecución contra el deudor sospechoso.⁵⁵

Al lado de estos procedimientos sumarios se desarrolla también un procedimiento rápido que recibirá más tarde la denominación de *procedimiento sumario indeterminado*, un procedimiento aligerado de formalidades que conduce a una sentencia, la cual puede llegar a ser firme. Este procedimiento sumario indeterminado es el antecedente más remoto de lo que hoy conocemos como *juicio sumario*.

Adviértase que este juicio sumario quedó derogado, en materia civil, en el Distrito Federal desde 1973, aunque algunas legislaciones de diversos estados de la República aún lo conservan.

Por lo que se refiere al proceso canónico italiano, en materia penal, al cual se le denomina también *románico*, Alcalá-Zamora escribió que

[...] representa una mezcla procesal germano-romana, cuya base está constituida por el derecho longobardo-franco, el cual evoluciona bajo el influjo combinado del derecho romano, del canónico y del estatutario [...] y de la doctrina de los jurisconsultos [...] el proceso penal respondía [desde esos tiempos] a dos tipos distintos: el acusatorio y el inquisitivo [...] el proceso acusatorio era de corte civil, con contradictorio, pero con predominio en la escritura y sin publicidad en los debates [...] el proceso inquisitivo [...] se caracteriza ante todo, por el predominio de la escritura y el secreto, y se dividía en dos fases: inquisición general [...] e inquisición especial.⁵⁶

⁵⁵ James Goldschmidt, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene (hijo), *Derecho procesal penal*, t. I, pp. 65-67.

Antiguo enjuiciamiento español

El estudio del derecho procesal mexicano. Desde el punto de vista histórico, no se puede abordar sin un conocimiento, siquiera superficial, del derecho procesal español. Esto se explica fácilmente porque el derecho español se aplicó durante la Colonia y porque en México la legislación procesal civil de la época independiente está inspirada preponderantemente y tiene sus raíces en el derecho procesal español y hasta en los últimos códigos muestra su influencia.⁵⁷

Ahora bien, indudablemente es muy difícil hacer una referencia correcta que resume las principales características del antiguo proceso español. Hay varias razones que explican esa dificultad, entre otras la circunstancia de que el proceso español se proyecta históricamente a través de más de 10 siglos y, además, la historia misma de España, que como es bien sabido es una mezcla de influencias célticas, fenicias, griegas, romanas, visigodas y árabes.

La organización judicial con aplicación exclusiva a los godos aparece en España consignada, más que en los cuerpos de legislación general, más o menos influidos por ideas romanas, en los fueros de las ciudades, donde el derecho se manifiesta con mayor espontaneidad.⁵⁸

Lo cierto es que de forma similar a lo que sucede en la península itálica, también en la península ibérica, en la cual el proceso romano tuvo vigencia, el elemento

⁵⁷ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *Instituciones de derecho procesal civil*, 8a. ed., Porrúa, México, 1969, p. 35.

⁵⁸ Toribio Esquivel Obregón, *op. cit.*, t. I, p. 101.

germánico se incorpora con la invasión de los pueblos germánicos del norte. Así, Castillo Larrañaga y De Pina⁵⁹ citando a Couture, expresan que esos dos mundos antagónicos, el germano y el romano, se encuentran frente a frente y coexisten sin interferencia durante dos siglos, pero al fundirse las dos razas se creó una tercera sustancia separadora de las posibilidades de ambas. Fruto de esa mutua penetración fue el *Fuero Juzgo*, que se considera como la fusión del espíritu germánico y el romano, con un sello de humanismo y una grandeza filosófica. Sin embargo, este cuerpo legislativo tuvo escasa aplicación pues, al lado de él, un derecho popular y localista siguió rigiendo a la España medieval.

Los mismos autores⁶⁰ enumeran en seguida los diferentes ordenamientos característicos de la evolución del derecho español, los cuales son los siguientes:

- *Código de las Partidas* de 1265
- *Ordenamiento de Alcalá* de 1348
- *Ordenamiento Real* de 1485
- *Ordenanzas de Medina* de 1489
- *Ordenanzas de Madrid* de 1502
- *Ordenanzas de Alcalá* de 1503
- *Leyes de Toro* de 1503
- *Nueva Recopilación* de 1567
- *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805

Nótese que desde el 681, cuando el XVI Concilio de Toledo aprueba el *Fuero Juzgo*, hasta 1805, en que surge la *Novísima Recopilación*, hay un lapso de 1 124 años, es decir, más de un milenio de historia del derecho español. De los ordenamientos citados tiene especial importancia el *Código de las Partidas* de 1265, que representó un retorno al proceso clásico romano, y que, en su partida III, que tiene como antecedente de derecho procesal al *Digesto*, encuentra el antecedente de mayor importancia de las legislaciones procesales de los pueblos de habla española, porque esa tercera partida se proyecta a través de toda la historia de España, para encontrarla de nuevo en su contenido en las leyes procesales españolas del siglo XIX, muy especialmente en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, la cual va a ser la principal fuente de inspiración de la gran mayoría de los códigos de procedimientos civiles de los países hispanoamericanos.

El panorama del derecho español en el siglo XIX fue ya distinto. Prevalecía una situación caótica en virtud de la cual se encontraban vigentes a fines del siglo XVIII todos los ordenamientos mencionados, desde el *Fuero Juzgo* hasta la *Novísima Recopilación*. Así las cosas, se inicia la corriente moderna de codificación, con la *Cons-*

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 36-38.

titución de Cádiz de 1812, que dedica varios artículos a la administración de justicia. Como antecedentes procesales de importancia se señalan la *Ley de Enjuiciamiento Mercantil*, de 24 de julio de 1830; el *Reglamento Provisional de la Administración de Justicia*, de 26 de septiembre de 1835; la *Instrucción del Procedimiento Civil* respecto a la *Real Jurisdicción Ordinaria*, del marqués de Gerona, de 30 de septiembre de 1853, ordenamiento éste de tan nobles y adelantadas ventajas, que por ello fue muy combatido, lo que vino a determinar que su vigencia se redujese a un año; la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 5 de octubre de 1855, ya citada, y la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 3 de febrero de 1881.

El último exponente de esta evolución es la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 8 de enero de 2000, vigente a partir del 8 de enero de 2001.⁶¹

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 81 fue sometida por Becerra a una crítica extremadamente rigurosa. Esta ley, como la del 55 (tan maravillosamente expuesta por Vicente y Caravantes en su clásico tratado), ha influido poderosamente, hasta época muy reciente, en los países americanos de ascendencia hispánica, y, consiguientemente, en México.⁶²

⁶¹ Entre las obras que tratan sobre esta ley del 2000 se encuentra Francisco Ramos Méndez, *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000.

⁶² *Ibid.*, pp. 37-39.

La Revolución francesa y la codificación

La Revolución francesa fue un movimiento social, económico y de contenido filosófico y político de gran trascendencia para toda la humanidad, pero de manera muy especial para Europa y para los pueblos de las llamadas culturas occidentales. Representó en la historia europea el triunfo de la burguesía sobre la nobleza y sobre el feudalismo y significó un paso más en la lucha de clases. En el aspecto político los principios de la Revolución francesa, basados en la filosofía de la Ilustración y en el pensamiento de grandes filósofos como Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Locke, entre otros, ataca el poder absoluto de los monarcas, con lo que sienta las bases para la creación de los modernos estados de derecho y coloca los cimientos que sostendrán el capitalismo y la Revolución industrial mecánica. La nueva filosofía del estado implicó la fijación de límites a su actividad y con ello un lugar para los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, o garantías individuales. Dicha filosofía se caracteriza por ser un movimiento individualista de la clase burguesa en contra de la monarquía y de la nobleza, pero de la burguesía como clase revolucionaria formada por los habitantes de los pueblos, por los ciudadanos que rompen los moldes y privilegios de la nobleza, de la monarquía y del absolutismo y pretenden establecer una administración social que esté basada en la exaltación de la libertad de los individuos. En lo referente a las actividades estatales propiamente dichas, se establecen los principios de que para el estado todo lo que no está permitido está prohibido y, por el contrario, para los ciudadanos, todo lo que no está prohibido está permitido. Lo anterior no es un mero juego de palabras, sino la tesis surgida de toda esta filosofía, en el sentido de que los órganos de la autoridad estatal sólo podrán realizar aquellas funciones y atribuciones que expresa-

mente les estén conferidas por los textos legales, por ello todo lo que no está permitido está prohibido para el estado; por el contrario, el individuo, el ciudadano, el hombre individualmente considerado, es libre y autónomo y no tiene más limitaciones sino las fijadas por las leyes y, por ello, para el ciudadano todo lo que no está prohibido está permitido.

En este orden de cosas surgió en el siglo XIX la corriente codificadora francesa, precisamente con el afán de garantizar los derechos de los individuos frente a los excesos despóticos de actividad estatal y como un intento de organización de las normas jurídicas que se encontraban en Francia, y en todos los países de la época, en una situación caótica y desordenada. Por ello, la codificación francesa de principios del siglo XIX es uno de los principales frutos de la Revolución. Esta codificación tiene el mérito de separar los textos sustantivos de los textos adjetivos o procesales. Así, véase cómo de la quinteta de códigos napoleónicos, o sea: 1. *Código Civil*; 2. *Código Penal*; 3. *Código de Procedimientos Civiles*; 4. *Código de Procedimientos Penales*, y 5. *Código de Comercio*; de los cuatro primeros, dos son cuerpos sustantivos y dos son adjetivos o procesales. Es decir, al lado del *Código Civil* surge el *Código de Procedimientos Civiles*, y, al lado del *Código Penal*, nace el *Código de Procedimientos Penales*. Al respecto, escribió Alcalá-Zamora y Castillo⁶³ que no son los códigos napoleónicos los que por primera vez llevan a cabo la separación en las normas procesales respecto de normas sustantivas. Que muchos siglos antes de esa separación se pueden encontrar otros casos dignos de ser mencionados, como por ejemplo el libro segundo del *Fuero Juzgo*, la tercera de las *Siete Partidas*, la *Constitución Criminalis Carolina* así como las *Ordenanzas* de Luis XIV, de 1667, para el proceso civil y de 1670 para el penal, siendo dichas *Ordenanzas* en gran parte antecedentes de los *Códigos de Procedimientos* de 1806 y de 1808. La importancia, pues, de los códigos napoleónicos, no es la de haber sido los primeros que plantearon la división entre lo sustantivo y lo procesal sino que, a partir de ellos, tanto en Europa como en América comienzan a promulgarse códigos independientes para el proceso civil y para el proceso penal, por lo que la importancia de los códigos napoleónicos estriba en la repercusión y resonancia que tuvieron en el mundo.

⁶³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Notas tomadas en un curso de teoría general del proceso*, doctorado, UNAM, México, 1967.

Procesos inquisitorial, dispositivo y publicista. Oralidad y escritura en el proceso

Muy relacionada con la evolución histórica del absolutismo hacia el liberalismo individualista y de éste al socialismo y al colectivismo está la idea de los procesos inquisitorial, dispositivo y publicista. El esquema siguiente nos ayudará a comprender esta idea:

	<i>inquisitorial</i> :	es característico de los regímenes absolutistas (tesis)
Proceso	<i>dispositivo</i> :	es característico del liberalismo individualista (antítesis)
	<i>publicista</i> :	es característico de ciertas tendencias hacia el socialismo-colectivismo (síntesis)

En páginas previas⁶⁴ hemos hecho referencia a los procesos acusatorios e inquisitivo italo-canónicos. El tema tiene cierta relación o conexión con el presente, porque el proceso penal inquisitorio se relaciona en cierto grado con el proceso inquisitorial, y el proceso acusatorio de tipo penal también tiene cierto paralelismo con el proceso de tipo dispositivo.

Más que de procesos, se trata de etapas de evolución o desarrollo del proceso.

El *proceso inquisitorial* es característico de los regímenes absolutistas anteriores a la Revolución francesa. Aquí, el juez ejerce el poder que le ha sido transmitido o delegado por el soberano, sin ninguna limitación. Además de ser el juzgador, es también un investigador con amplios poderes e inclusive un acusador. Todo esto nos

⁶⁴ *Supra*, nota 52.

hace pensar que se rompe la triangularidad característica esencial del proceso y, por ello, se cree que en el llamado *proceso inquisitorial* en rigor no hay tal proceso ni mucho menos habría desempeño, por parte del estado, de una genuina función jurisdiccional. En materia penal, este proceso presume la culpabilidad y no la inocencia. Es decir, el acusado debe probar que es inocente, y no, por el contrario, debe probarse la acusación. En general, el proceso inquisitorial entraña un amplísimo poder de los órganos del estado y muy limitadas posibilidades de actividad de los particulares frente al orden estatal. Es cierto que los ejemplos de procesos inquisitoriales son más fáciles de encontrar en materia penal; pero no debe descartarse la existencia de tribunales con tendencias inquisitoriales en todos los tipos de proceso, es decir, en los procesos civiles, administrativos o de otras materias sustantivas.

El *proceso dispositivo* surge de la Revolución francesa y, desde luego, representa una reacción contra el despotismo procesal inquisitorial. En el proceso dispositivo tiene aplicación aquel principio de que, para el estado, para los órganos estatales, judiciales, todo lo que no está permitido está prohibido, y, para las partes, para los particulares, que están frente al estado, todo lo que no está prohibido está permitido. En este proceso, el estado es un ente de autoridad que tiene sus atribuciones delimitadas, que solamente hace aquello que la ley le autoriza expresamente. Las partes pueden disponer del proceso, y de aquí la denominación. El juez es un mero espectador pasivo de la contienda, su papel se contrae a vigilar que se cumplan las reglas del juego. Una vez desenvuelta la contienda, dicta su resolución determinando a quién le corresponde la razón jurídica. En este proceso de tipo dispositivo se pretende plasmar la igualdad preconizada por la Revolución francesa. El juez debe ser imparcial, absolutamente imparcial, ante las partes, y esa imparcialidad es la mejor garantía de igualdad de las partes frente al estado.

El *proceso publicista* sirvió para aliviar los excesos a que se había llegado con el liberalismo. Es un intento de atenuar las aberraciones a que se arribó con un proceso dispositivo exagerado y mal entendido. Hay una ampliación del ámbito de los poderes del estado, a través del juez, con un sentido tutelar y proteccionista de los intereses de las clases débiles, es decir, una intención y un propósito para lograr el bienestar común con un espíritu de tutela de las clases más expuestas a sufrir las desigualdades y las injusticias que propició el liberalismo y el capitalismo. Esta socialización del derecho, en general, se manifiesta en la creación de ramas especiales jurídicas, como el derecho del trabajo y el derecho agrario, pero no se limita a ello, sino que la influencia socializante se deja sentir en todas las ramas, sectores y materias de lo jurídico. Muchas instituciones arcaicas y centenarias del derecho civil sufren el impacto de las nuevas corrientes de atenuación del individualismo y de una mayor protección de la colectividad, acentuándose la protección del interés y del orden públicos. Y esta transformación también ha tocado al derecho procesal. En este orden de ideas, "las vetustas ramas de los derechos civil y penal se han

transformado por la transfusión que recibieron de la sangre renovadora de las nuevas corrientes sociales".⁶⁵

Esta socialización del derecho

[...] constituye un movimiento, una orientación, una idea, un modo de concebir el derecho en todos sus aspectos y, por tanto, debe considerarse como una corriente de renovación de todas las disciplinas jurídicas contemporáneas, de manera que no puede circunscribirse a una región determinada, no obstante que se muestre con mayor fuerza en determinados sectores más sensibles a las continuas fluctuaciones sociales.⁶⁶

En el proceso publicista, pues, el juez reivindica los poderes estatales, pero no se basa en la voluntad omnipotente y caprichosa del soberano, sino en un sentido proteccionista y tutelar de ciertos intereses de grupo o de clase. El juez ya no es el simple espectador pasivo de la contienda, sino que toma en consideración la posición de cada parte y, desde luego, tiene una actitud de auxilio hacia el débil o el torpe frente al hábil o poderoso. Se trata de obtener la verdad material, sobre la verdad formal o ficticia a que pueden dar lugar ciertas construcciones procesales. Acerca de la verdad formal y la verdad material, hemos ya expuesto⁶⁷ que la tendencia a que la verdad material prevalezca sobre la verdad formal es de aceptación universal, y conquista cada vez más adeptos en el campo de nuestra disciplina, porque la creación, mera fabricación de verdades ficticias o formales, a través del proceso, constituye una verdadera degeneración de éste que sólo beneficia a los audaces, los hábiles y los poderosos, pero no a quien carece de la defensa de un abogado conocedor y experimentado. El juzgador, de conformidad con la nueva orientación y al aplicar e interpretar las normas procesales, procurará encontrar la verdad material que no es otra, valga el aparente contrasentido, que la verdadera verdad.

Existen en nuestro sistema jurídico dos instituciones en las que encontramos manifestaciones indudables de tendencia publicista en el proceso. Esas dos instituciones son la *prueba para mejor proveer* y la *suplencia de la queja*. En la prueba para mejor proveer, el juez puede ordenar, aunque la parte no lo solicite, el desahogo de todo tipo de diligencias probatorias. Claro que en las legislaciones existen diferentes grados de amplitud de los poderes del juez en materia de prueba, pero, en términos generales, esa facultad de ordenar el desahogo de pruebas por parte del tribunal implica, en su más amplia expresión, la posibilidad de que se traigan al proceso elementos de prueba que no han sido ofrecidos por las partes y que el propio

⁶⁵ Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio del derecho procesal social", en *Estudios en memoria de Carlos Viada*, Prensa Castellana, Madrid, 1965.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 507.

⁶⁷ Cipriano Gómez Lara, "El Nuevo Código de Procedimientos Civiles del Estado de Zacatecas, del año de 1966", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XVII, núm. 65, enero-marzo de 1967, p. 67.

tribunal considera conveniente examinar. Esas pruebas podrían ser testigos, documentos, periciales o interrogatorios o careos a las partes y entre las partes trayendo a los testigos, a los peritos o a quien fuese necesario. Esta prueba para mejor proveer se ha querido entender, con una tendencia tradicionalista, como un poder limitado del juez en cuanto al ensanchamiento del mecanismo probatorio, a pruebas que de todos modos hayan sido ya ofrecidas por las partes. Sin perjuicio de que así se ha reglamentado en algunos sistemas procesales concretos, ese extremo no nos parece encomiable, sino que dentro de una línea genuinamente publicista del proceso, las facultades del tribunal en materia probatoria deben ser amplísimas.

Por otra parte, la suplencia de la queja, aunque limitada en México, en su significación técnica al juicio de amparo y al juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, es una institución muy interesante. La suplencia de la queja entraña la posibilidad del juez o tribunal de traer al proceso los razonamientos o las argumentaciones no aducidas por una parte torpe o débil. Es decir, se viene a contrariar aquí el principio de sentenciar según lo alegado y lo probado. En verdad, hay cierta suplencia de la alegación, es decir, el tribunal puede introducir al proceso argumentaciones o consideraciones no aducidas por la parte. Hasta hace poco, en materia de amparo, tal extremo sólo era dable en derecho penal, en derecho agrario y en derecho del trabajo, cuando la parte quejosa en el amparo era el procesado, el grupo ejidal o el trabajador. Pero, por regla general, este extremo de la suplencia de la queja no se daba en el derecho privado (civil o mercantil), salvo el caso de que el quejoso fuera menor de edad, ni tampoco en el derecho administrativo, salvo la excepción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, mencionada. Sin embargo, la dirección actual de esta institución ha sido ampliada en las reformas de 1986 a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* y a la *Ley de Amparo*.⁶⁸

Actualmente, se amplía la suplencia de la queja a cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia o bien cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa, según reforma publicada en el *Diario Oficial* del 20 de mayo de 1986.

La suplencia de la queja es una institución muy interesante que tiende a extenderse a otros campos del enjuiciamiento, como, por ejemplo, a todo ese sector de los procesos en donde se ventilan cuestiones relativas al estado civil de las personas, el derecho familiar, los alimentos, etcétera.

⁶⁸ Cfr. texto actual de los arts. 107, fracc. II, párr. segundo, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, y el 76 bis de la *Ley de Amparo*.

Nótese, pues, que todo el proceso publicista significa la derogación, en materia procesal, de los principios dispositivos, de autonomía de la voluntad y de individualismo, precisamente para colocarse en los extremos contrarios de no dispositivismo, limitación de la autonomía de la voluntad y tendencia hacia la protección de intereses sociales o colectivos.

Uno de los principales problemas que están en juego en el análisis de las tendencias publicistas del proceso es determinar si éste conserva el principio de la imparcialidad del juzgador. Se aduce que si el juez adopta una posición tutelar o protectora de una de las partes, pierde su imparcialidad. Nosotros no entendemos la imparcialidad en ese sentido, porque lo que sucede es que el juez, como director de la contienda, de los actos procesales, debe procurar que las partes en pugna tengan las mismas armas y estén en el mismo plano. El juez debe seguir siendo imparcial para resolver, entendida la imparcialidad como el ánimo libre de prejuicios o de ideas preconcebidas o de intereses personales en el resultado del proceso. El juez es imparcial cuando resuelve no por simpatía, por inclinación subjetiva hacia determinada parte ni por compromiso o presión, sino que conserva su imparcialidad cuando resuelve conforme a la ley, y debe entenderse que la tutela o la protección a determinada clase o grupo, al menos en materia estrictamente procesal, se limita a procurar que la contienda sea leal y que las reglas del juego sean limpias y se cumplan y obedezcan. Es decir, el publicismo en el proceso entraña la necesidad de que los errores o las torpezas de los débiles, como ya lo hemos apuntado, no sean aprovechadas deslealmente por los fuertes y por los poderosos.

En cuanto a la oralidad o a la escritura como principios procesales o tendencias que puedan caracterizar un tipo de proceso, independientemente de la referencia que hagamos de este tema más adelante⁶⁹ al tratar lo relativo a los principios procesales, bástenos por ahora indicar que dichas características de oralidad o escritura deben entenderse y evaluarse en cierto sentido. Los primeros procesos jurisdiccionales fueron de carácter eminentemente oral. La escritura no existía, o si existía no se utilizaba en esos procesos primitivos. Las partes comparecían directamente ante el tribunal o juez y, de viva voz, le exponían sus problemas. Ahí mismo se traía a los testigos y se pronunciaba de palabra la sentencia. Al irse complicando la vida social y, con ello, al hacerse cada vez más complejos los procesos jurisdiccionales, fue necesario formar un registro o memoria de los actos procesales y nacen así el expediente y quien lo forma o manufactura, o sea, el escribano. Así surge en este sentido primitivo y simplista el proceso escrito. En la actualidad las notas de oralidad o de escritura ya no se refieren exclusivamente al hecho físico de predominio o exclusión absoluta de alguna de esas dos características de oralidad o de escritura, porque sería muy difícil imaginar un proceso puramente oral o puramente escrito.

⁶⁹ *Infra*, cap. 53, sobre principios procesales.

Por tanto, se califica un proceso de tendencia hacia la oralidad o de tendencia hacia la escritura en cuanto se acerque o se aleje de las características que en seguida puntualizamos y que califican precisamente de oral a un determinado proceso. Un proceso tiende hacia la oralidad si reúne las cuatro características siguientes:

1. Concentración de las actuaciones.
2. Identidad entre el juez de instrucción y el juez de decisión.
3. Inmediatez física del juez con las partes y con los demás sujetos procesales.
4. Inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y desechamiento de todos los trámites o recursos entorpecedores de la marcha del proceso.

Si un proceso reúne estas características o notas, se dice que es de tendencia hacia la oralidad. Si, por el contrario, se aleja de esas características y presenta las de signo o valor contrario, entonces su tendencia es hacia la escritura. Aunque en términos generales hay una tendencia muy plausible hacia la oralidad, no es posible postularla como recomendable en todos los casos y en todos los momentos del proceso. Por lo demás, no es exacto que la oralidad y la escritura sean características permanentes de determinado tipo de procesos, sino que las encontramos ya en algunos procesos civiles, ya en algunos procesos penales. Además, en la dinámica histórica de los pueblos, la oralidad y la escritura se presentan a veces sucesivamente dando un paso a la otra en la estructuración de los sistemas procesales. Al hablar Alcalá-Zamora y Castillo de los principios que configuran la existencia de diferentes tipos de proceso, dice en cuanto a los que son materia de nuestra reflexión, que podrían ser "el de escritura para la fijación del tema litigioso y el de oralidad para su discusión".⁷⁰

Las cuatro características que califican un proceso de tendencia hacia la oralidad deben entenderse en los términos siguientes: la *concentración de las actuaciones* entraña una aplicación del principio de economía procesal, en virtud del cual puede realizarse el mayor número de actos procesales en el más corto tiempo posible. Cuando es llevada a su máxima expresión, esta concentración se presenta como una sola audiencia ante el tribunal, la cual suele denominarse *demandas, excepciones, pruebas, alegatos y sentencia*. Es decir, la concentración llevada a su máxima expresión se presentaría en aquellos procesos en los que se agotan todos los actos procesales en una sola audiencia. En nuestros sistemas procesales hay una tendencia hacia la concentración de actuaciones, con ciertas variantes y atenuaciones, en los procesos de tipo laboral, de la llamada *justicia de paz* y en algunos juicios sumarísimos en el orden procesal civil.⁷¹

⁷⁰ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 226.

⁷¹ No obstante la pretendida supresión del juicio sumario en la legislación procesal civil del Distrito Federal, ya que subsisten procedimientos de naturaleza sumaria aunque no se les denomine así.

La segunda característica o principio de la oralidad radica en la *identidad entre el juez de instrucción y el juez de decisión*. En otras palabras, si se cumple el principio de la oralidad, el mismo juez o los mismos miembros de un tribunal son los que deben conducir todos los actos procesales, recibir las demandas y contestaciones de las partes, sus ofrecimientos de prueba y el desahogo de las mismas, oír sus alegatos y, una vez cerrada la instrucción, son quienes deben dictar la sentencia. Cuando, por el contrario, uno es el juez de instrucción y otro el juez llamado *jurisdicente*, entonces estamos ante un proceso de tendencia hacia la escritura porque, nótese, si el juez jurisdicente es distinto del instructor, va a decidir, va a pronunciar su sentencia no por el contacto directo que haya tenido con las actuaciones procesales y con los sujetos del proceso, partes, terceros, etc., sino que se basará de forma exclusiva en el material escrito que le pasa el juez de instrucción. La oralidad se cumple si se da esa identidad entre el juez de instrucción y el juez de decisión.

La tercera característica de la oralidad es la *inmediatez física del juez con las partes y con los demás sujetos procesales*. Esta inmediatez está íntimamente relacionada con la identidad entre el juez de instrucción y el juez de decisión, aunque en esencia no es lo mismo. La inmediatez del juez con los sujetos procesales está en el contacto directo que el titular del órgano jurisdiccional tenga con las partes y con los demás sujetos procesales. Es decir, esa oralidad se cumplirá si el juez, y no otros funcionarios subordinados suyos, como los secretarios, es el que directamente contempla a las partes, las oye, recibe sus escritos, está presente en las audiencias, escucha los interrogatorios que las partes se formulan en el desahogo de la prueba confesional, observa a los testigos y cómo reaccionan a las preguntas y a las repreguntas de las partes. Así interviene, activamente, en el desenvolvimiento de los actos procesales, utilizando sus amplios poderes, interrogando a las propias partes, a los peritos, a los testigos y, en su caso, asistiendo personalmente a las demás diligencias, observando directamente las cosas u objetos que sean materia del litigio, y, en una palabra, conversando y cambiando impresiones con las partes, con los peritos, con los testigos. Este contacto directo del juez con los actores principales y secundarios del drama procesal es una característica de la tendencia hacia la oralidad.

El último rasgo peculiar de la oralidad es la *inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y al desechamiento de todos los trámites o recursos entorpecedores de la marcha del proceso*. La intención de esta política procesal radica en la necesidad de alcanzar, a la mayor brevedad posible, una resolución del litigio y no permitir ni tolerar trámites entorpecedores o de chicana que, por regla general, son muy socorridos en los procesos de tipo escrito. Todas las incidencias, los artículos o los recursos que pretendan detener el desenvolvimiento del proceso deben ser desechados y todas las posibilidades de impugnación deben reservarse para la impugnación misma de la sentencia que se dicte. No todos comparten este aspecto de la oralidad, pues se piensa que existen algunos tipos de actos procesales que pueden resultar de

enorme perjuicio para las partes de no repararse de forma inmediata y no hasta que se repare la sentencia que, al fin y al cabo, estará fundamentada muy probablemente en alguna violación previa que haya causado desde que fue dictada grandes perjuicios a la parte. Lo cierto es que la intención de la oralidad es hacer pronta y expedita, como lo postula el mandato constitucional,⁷² la administración de justicia.

15

Evolución de la doctrina procesal y surgimiento de la corriente científica del proceso

Alcalá-Zamora y Castillo⁷³ explicó que en un análisis en el que puedan destacarse los grandes rasgos de lo que ha sido la evolución del pensamiento y de la literatura procesal, deben señalarse las seis etapas siguientes:

1. La etapa *primitiva*
2. La etapa de la *literatura romana*
3. La etapa de la *escuela judicialista*
4. La etapa de la *escuela practicista*
5. La etapa de la *escuela procedimentalista*
6. La etapa del *procesalismo científico*

En la etapa *primitiva* no había literatura procesal. Todas las consideraciones sobre ella son simplemente de tipo histórico y su enfoque es el de la filosofía de la historia. En este aspecto, remitimos a las muy breves consideraciones que hicimos de las instituciones procesales de los pueblos primitivos.⁷⁴

La etapa de la *literatura romana*, según ha explicado Alcalá-Zamora y Castillo,⁷⁵ se presenta ya más definida. En Roma existe un proceso que se conoce, por lo menos en sus líneas generales, con bastante precisión, aun cuando tampoco se puede hablar de la existencia de una literatura procesal; hay proceso, pero no hay bibliografía procesal. Inclusive en la concepción clásica romana de división de las grandes partes del derecho en personas, cosas y acciones, el campo de lo procesal pertenece

⁷³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*

⁷⁴ *Supra*, cap. 8.

⁷⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*

⁷² Art. 17.

al tercer sector aunque lo que los romanos entendían por acción, como se verá más adelante, difiere del concepto actual. Sin embargo, existen obras y autores que tienen muy importantes referencias y alusiones de tipo procesal. Algunos pasajes de las obras de Cicerón son de importancia, así como las *Instituciones oratorias* de Quintiliano, que están enfocadas fundamentalmente al orador forense y que, por ello, contienen consejos, recomendaciones y reglas acerca del ejercicio de la abogacía. Otra obra romana de importancia procesal es la *Instituta legal*, de Gayo, y, sobre todo, unos fragmentos de dicha *Instituta* que estaban perdidos en el llamado manuscrito de Verona y que el jurista italiano Arangio-Ruiz encontró en una hoja perteneciente a otro manuscrito, que descubrió casualmente en la casa de un coleccionista de El Cairo.⁷⁶

Después de la época de la literatura romana pasamos a la escuela judicialista. La denominación de estas escuelas o tendencias es de Alcalá-Zamora y Castillo, quien realizó un resumen admirable de lo que él, más que llamar *periodos* o *escuelas*, denomina *tendencias*, de los judicialistas, de los prácticos, la tendencia procedimentalista y la fase del procesalismo científico. Todas las referencias que hagamos a esas etapas están tomadas de dicha síntesis.⁷⁷

La *escuela judicialista* se desenvuelve en torno a la Universidad de Bolonia en la que florece entre los siglos XI a XIII. En esta tendencia se destaca el concepto de juicio. Los juicios están divididos en tiempos y, según los diversos expositores, dichos tiempos variaban de número. Como obras más características de esa tendencia se citan el *Ordo Iudicarius* de Tancredo, 1216, y el *Speculi Judiciali* de Guillermo Durantis, 1271. En España, su más autorizado representante es el maestro Jacobo de las Leyes, cuyas *Flores del derecho* vienen a ser el borrador o proyecto de la tercera de las *Siete Partidas*. Además de esta obra, Jacobo de las Leyes también escribió el *Doctrinal* y la *Suma de los nueve tiempos de los pleitos*. La escuela de Bolonia tuvo una repercusión de gran importancia en toda la Europa de la época, en virtud del fenómeno de la recepción. Bolonia adquirió un prestigio extraordinario como universidad y a ella iban a estudiar juristas de toda Europa, quienes después de concluir sus estudios regresaban a sus lugares de origen, versados y conocedores del derecho común, basado en las antiguas enseñanzas y principios del derecho romano, que en la medida en que lo aplicaban y enseñaban, desplazó al derecho germánico. La denominación de recepción se refiere a ese derecho común de origen fundamentalmente romano. Cabe advertir que el fenómeno de la recepción no se da al mismo tiempo en los diversos países europeos.

⁷⁶ Cfr. Vicente Arangio-Ruiz, "Las acciones en el derecho privado romano", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1945, pp. 18 y 19.

⁷⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Adiciones al núm. 1 del *Sistema de derecho procesal civil* de Francisco Carnelutti, t. I, pp. 7-9.

La tendencia de los prácticos, o *escuela practicista*, se extiende desde inicios del siglo XVI a comienzos del XIX. Alcalá-Zamora y Castillo⁷⁸ hace mención de los títulos curiosos que llevan las obras practicistas como el *Espejo de las acciones*, en Alemania, o el *Regimiento de Jueces* en España. Se caracteriza esta tendencia practicista porque la materia procesal se contempla más como un arte que como una ciencia, es decir, los practicistas suelen dar fórmulas o recetas para llevar adelante los procedimientos. El mismo autor⁷⁹ señala como principales autores españoles de esta tendencia a los siguientes: Monterroso, con su obra *Práctica civil y criminal e instrucción de escribanos*; Hevia Bolaños, con *Curia filípica*; Villadiego, con *Instrucción política y práctica judicial*; Febrero, con *Librería de escribanos*; Elizondo, con *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*; Conde de la Cañada, con *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, y Gómez y Negro, con *Elementos de práctica forense*. También en Alemania, Italia y Francia existen autores que pueden ser considerados como miembros de esta escuela del practicismo procesal.

La aparición del *procedimentalismo* como siguiente etapa de desarrollo y evolución de las tendencias procesales obedece, según Alcalá-Zamora, a factores de carácter tanto jurídico como político y también a la intervención muy destacada de un jurista inglés. El procedimentalismo coincide en su aparición con la Revolución francesa y uno de los factores determinantes de este movimiento fue el relativo a las críticas que se habían dirigido contra el sistema penal inquisitivo. Esta reacción influyó más determinadamente en el proceso penal que en el proceso civil. Otro segundo factor de suma importancia es la aparición de la codificación napoleónica y, dentro de ella, la separación de la legislación relativa a los procedimientos en dos cuerpos especiales, que son los códigos de procedimientos civiles y los de procedimientos penales.⁸⁰

El tercer factor de advenimiento del procedimentalismo, según Alcalá-Zamora y Castillo, es la obra del famoso jurista inglés Jeremy Bentham, especialmente su *Tratado de las pruebas judiciales*⁸¹ y otras obras de él o de sus discípulos que tuvieron una resonancia extraordinaria, no solamente en Inglaterra, sino en toda Europa.

Una vez surgido el procedimentalismo en Francia, nace la tendencia sistematizadora de dividir las obras relativas a la materia en tres campos: organización judicial, competencia y procedimiento. Las obras de carácter procedimentalista realizan un análisis exegético de los textos legales y una descripción de los fenómenos procesales con base en la reglamentación legal. Las tres grandes figuras del procedimentalismo son: en España, de Vicente y Cervantes; en Italia, Mattiolo, y en Francia, Garsonnet.

⁷⁸ Notas tomadas...

⁷⁹ Adiciones al núm. 1 del *Sistema*...

⁸⁰ *Supra*, cap. 13.

⁸¹ Jeremy Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

Finalmente, pasemos a una breve referencia de la última de las épocas o etapas, o sea, a la denominada *tendencia del procesalismo científico*. Nótese el énfasis en remarcar el carácter científico de la disciplina. En efecto, el derecho procesal como ciencia, la ciencia procesal como tal, surge en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX. Se señalan predominantemente dos fechas como inicio del procesalismo científico: la primera, 1856-1857, en los que se desenvuelve una polémica histórica entre Windscheid y Muther, en torno al concepto de la acción; la segunda fecha clave se fija en 1868, cuando aparece la obra de Oskar von Bülow sobre la *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.⁸² Lo cierto es que toda fecha fija para marcar el inicio de una nueva época histórica o, como es el caso, de una nueva etapa de cultivo de la ciencia procesal, es arbitraria. No compartimos la idea de que se pueda señalar fecha alguna que fije una frontera tajante entre una etapa y otra. Tan es así que pueden existir vestigios o antecedentes de procesalismo científico antes de esas fechas, y, por otra parte, es indudable que la corriente procedimentalista se proyecta no sólo hasta fines del siglo XIX, sino hasta el propio siglo XX, con obras y trabajos ciertamente fuera de época, pero que pertenecen a la tendencia anterior a la actual.

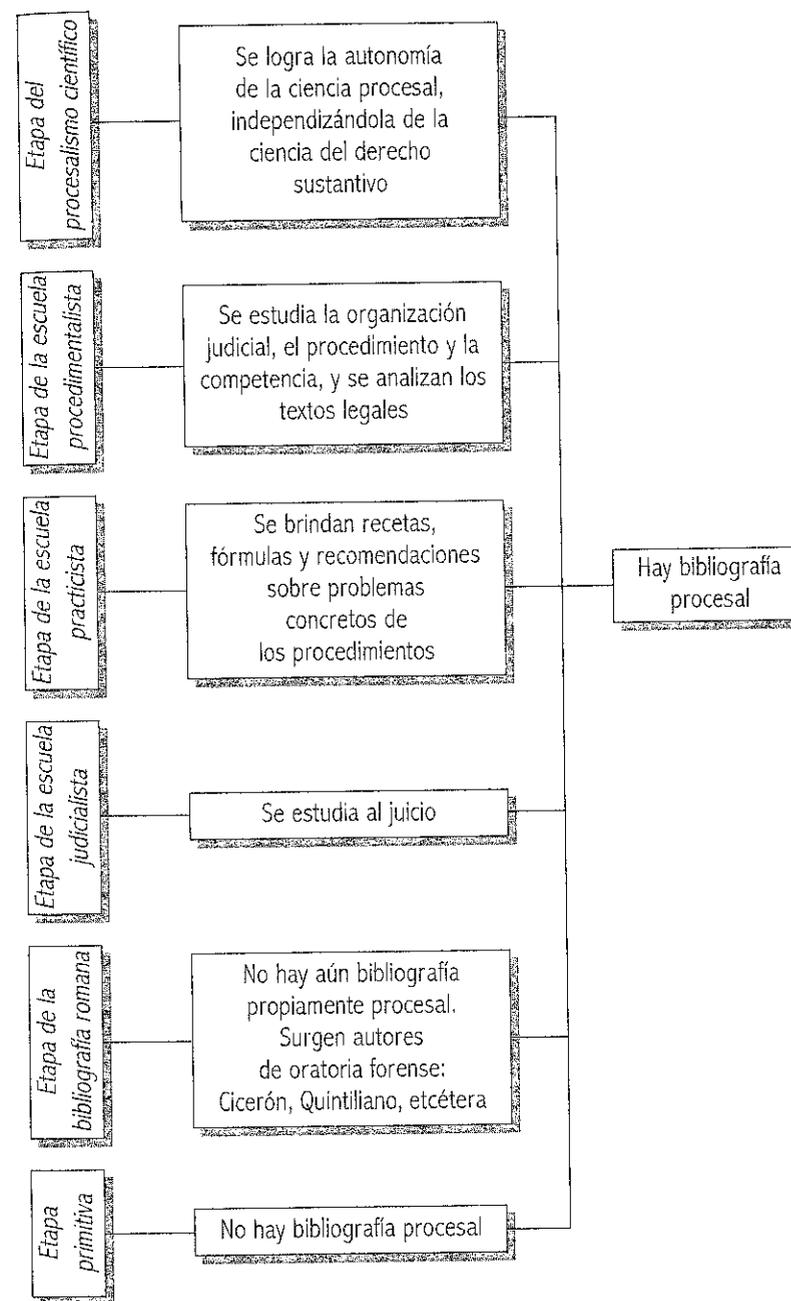
La *escuela del procesalismo científico* implica una autonomía de la ciencia procesal y su definitiva separación de las respectivas disciplinas sustantivas. El enfoque de la disciplina no es meramente descriptivo y analítico, como lo hacía el procedimentalismo, sino que, por el contrario, dicho enfoque pretende ser rigurosamente científico e integral respecto del fenómeno procesal y no sólo analizar sino también sintetizar y estructurar su construcción sistemática, así como su esencia y finalidades. Se señalan como procesalistas alemanes del siglo XIX que completan esa construcción científica del derecho procesal, además de Von Bülow, ya citado, los siguientes nombres: Wach, Kohler, Stein y Hellwig.

Una síntesis exhaustiva y muy bien hecha del desenvolvimiento científico procesal es la de Alcalá-Zamora y Castillo,⁸³ quien advierte que "el derecho procesal científico ha dejado de ser monopolio de Alemania e Italia, aunque continúen siendo las dos grandes potencias".

En el capítulo VI de la obra que consultamos se hace referencia a la bibliografía procesal contemporánea más significativa de los países siguientes: Alemania, Argentina, Austria, Brasil, España, Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra, México, Portugal, la ex Unión Soviética, Uruguay, Venezuela y otros países.

⁸² Oskar von Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, EJEA, Buenos Aires, 1964.

⁸³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965*, UNAM, México, 1968, pp. 19 y 67-116.



Cuadro 15.1. Evolución del pensamiento procesal.

Por países se cita, como exponentes más significativos de la bibliografía procesal, a los siguientes autores:

Alemania

- | | |
|------------------------|-----------------------|
| 1. Fritz Baur | 10. Walter Niese |
| 2. Wolfgang Bernhardt | 11. Arthur Nikisch |
| 3. Wolfgang Bettermann | 12. Rudolf Pohle |
| 4. Arwed Bolomeyer | 13. Erwin Riezler |
| 5. Eduard Bötticher | 14. Leo Rosenberg |
| 6. Rudolf Bruns | 15. Wilhelm Sauer |
| 7. Hans-Gerhard Kip | 16. Eberhard Schmidt |
| 8. W. J. Habsheid | 17. Adolf Schönke |
| 9. Friedrisch Lent | 18. Karl Heinz Schwab |

Argentina

- | | |
|----------------------------|-----------------------------|
| 1. Hugo Alsina | 10. Luis Méndez Calzada |
| 2. Abraham Bartoloni Ferro | 11. Artemio Moreno |
| 3. Eduardo B. Carlos | 12. Mario A. Oderigo |
| 4. Jorge Claria Olmedo | 13. J. Ramiro Podetti |
| 5. Carlos Colombo | 14. Ricardo Reimundin |
| 6. Raymundo L. Fernández | 15. José Sartorio |
| 7. Enrique Fornatti | 16. Santiago Sentís Melendo |
| 8. David Lascano | 17. Alfredo Vélez Mariconde |
| 9. Ricardo Levene H. | 18. Esteban Ymaz |

Austria

- | | |
|-------------------|---------------------|
| 1. Hans Schima | 3. Friedrich Stagel |
| 2. Georg Petschek | |

Brasil

- | | |
|------------------------------------|--|
| 1. Luis Eulalio de Bueno Vidigal | 6. José Frederico Marques |
| 2. Alfredo Buzaid | 7. Pontes de Miranda |
| 3. Moacyr Lobo da Costa | 8. Gabriel José Rodríguez de Rezende Filho |
| 4. Enrico Tullio Liebman | |
| 5. Luis de M. S. Machado Guimaraes | |

España

- | | |
|----------------------------|-----------------------------------|
| 1. Pedro Aragoneses Alonso | 7. Werner Goldschmidt |
| 2. Jorge Carreras | 8. Juan Gómez Jiménez de Cisneros |
| 3. Federico Castrejón | 9. Emilio Gómez Orbaneja |
| 4. Carmelo de Diego Lora | 10. Jesús González Pérez |
| 5. Víctor Fairen Guillén | 11. Jaime Guasp |
| 6. Miguel Fenech | 12. Vicente Herce Quemada |

- | | |
|----------------------------|-----------------------------------|
| 13. Juan Menéndez Pidal | 20. Francisco Rodríguez Valcarce |
| 14. Carlos Miguel y Alonso | 21. Urbano Ruiz Gutiérrez |
| 15. Mauro Miguel y Romero | 22. Valentín Silva Melero |
| 16. Manuel Morón Palomino | 23. Francisco Tomás Valiente |
| 17. F. Pera Verdaguer | 24. Luis Vacas Medina |
| 18. Manuel de la Plaza | 25. Carlos Viada López Puigcerver |
| 19. Leonardo Prieto Castro | |

Estados Unidos de América

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| 1. Henry Abraham | 8. Fleming James Jr. |
| 2. William W. Barron | 9. Benjamín Kaplan |
| 3. Mauro Cappelletti | 10. Henry George Macmahon |
| 4. Benjamin N. Cardozo | 11. Arthur T. von Mehren |
| 5. Helen Clagett | 12. Robert Wyness Millar |
| 6. Martín Domke | 13. Joseph M. Perillo |
| 7. Alexander Holtzoff | |

Francia

- | | |
|-------------------|-----------------|
| 1. Luis Boyer | 6. Luis Morel |
| 2. Luis Brulliard | 7. Roger Perrot |
| 3. Gerard Cornu | 8. Jean Robert |
| 4. Jacques Dubosc | 9. Henry Solus |
| 5. Jean Foyer | |

Inglaterra

- | | |
|----------------------|-----------------------|
| 1. R. E. Megarry | 4. Glanville Williams |
| 2. John H. Munkman | 5. I. Zamir |
| 3. William A. Robson | |

Italia

- | | |
|--------------------------|---------------------------|
| 1. Enrico Allorio | 14. Vittorio Denti |
| 2. Virgilio Andrioli | 15. Paolo D'Onofrio |
| 3. Girolamo Bellavista | 16. Paolo Fazzallari |
| 4. Piero Calamandrei | 17. Gaetano Foschini |
| 5. Carlos Calvosa | 18. Giuseppe Franchi |
| 6. Alberto Candian | 19. Carlo Furno |
| 7. Aurelio Candian | 20. Mario Giuliano |
| 8. Mauro Cappelletti | 21. Angelo Gualandi |
| 9. Tito Carnacini | 22. Sergio la China |
| 10. Francesco Carnelutti | 23. Silvio Lessona |
| 11. Sergio Costa | 24. Enrico Tullio Liebman |
| 12. Giovanni Conso | 25. Giovanni Leone |
| 13. Fernando della Rocca | 26. Gian Antonio Micheli |

- | | |
|------------------------|---------------------------|
| 27. Giuseppe Nappi | 34. Guido Rossi |
| 28. Giambattista Nappi | 35. Giuseppe Sabatini |
| 29. Raffaele Nobili | 36. Arturo Santoro |
| 30. Renzo Provinciali | 37. Salvatore Satta |
| 31. Silvio Ranieri | 38. Angelo Piero Sereni |
| 32. Enrico Redenti | 39. Corrado Vocino |
| 33. Ugo Rocco | 40. Marco Tulio Zanzucchi |

México

- | | |
|------------------------------------|-----------------------------|
| 1. José Alfonso Abitia Arzapalo | 15. Roberto Molina Pasquel |
| 2. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo | 16. Alfonso Nava Negrete |
| 3. Francisco Apodaca y Osuna | 17. Ramón J. Palacios |
| 4. José Becerra Bautista | 18. Eduardo Pallares |
| 5. Humberto Briseño Sierra | 19. Rafael Pérez Palma |
| 6. Ignacio Burgoa | 20. Rafael de Pina |
| 7. Ricardo Calderón Serrano | 21. Federico Ramírez Baños |
| 8. José Castillo Larrañaga | 22. Alejandro Ríos Espinoza |
| 9. Guillermo Colín Sánchez | 23. Manuel Rivera Silva |
| 10. Carlos Franco Sodi | 24. Alberto Trueba Urbina |
| 11. Héctor Fix-Zamudio | 25. Arturo Valenzuela |
| 12. Juan José González Bustamante | 26. Gregorio Vite de Hita |
| 13. Adolfo Maldonado | 27. Jorge Antonio Zepeda |
| 14. Ignacio Medina | |

Portugal

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| 1. José Alberto Dos Reis | 2. Eurico Lopes-Cardoso |
|--------------------------|-------------------------|

Ex Unión Soviética

- | | |
|--------------------|--------------------|
| 1. Mark A. Gurvich | 3. N. N. Polianski |
| 2. W. P. Mosolin | 4. A. Vishinski |

Uruguay

- | | |
|-----------------------------|--------------------------|
| 1. José A. Arlas | 5. Adolfo Gelsi Bidart |
| 2. Dante Barrios de Angelis | 6. Enrique Sayagues Laso |
| 3. Antonio Camano Rosa | 7. Enrique Vescovi |
| 4. Eduardo Juan Couture | |

Venezuela

- | | |
|--------------------|---------------------------------|
| 1. Humberto Cuenca | 3. José Rodríguez Urraca |
| 2. Luis Loreto | 4. José Gabriel Sarmiento Núñez |

Otros países

- | | |
|----------------------|----------------------------|
| Chile | Hugo Pereira Anabalon |
| Paraguay | Víctor B. Riquelme |
| Perú | Carlos Zavala Loaiza |
| Ecuador | Juan Isaac Lovato |
| Colombia | Hernando Devis Echandía |
| Panamá | Secundino Torres Gudíño |
| Guatemala | Mario Aguirre Godoy |
| El Salvador | René Padilla y Velasco |
| Cuba | José Portuondo y de Castro |
| | Guillermo de Montagu |
| República Dominicana | Froilán Tavares (hijo) |
| Finlandia | Tauno Tirkkonen |
| Suiza | Carlo Dones |
| Japón | Ahira Mikazuki |
| | Muneo Nakamura |
| | Kotaro Tanaka |
| Tailandia | Klaus Wenk |
| Etiopía | Hans Arnold |

En esta lista, al señalarse el país de procedencia, se ha indicado el país donde se ha dado la producción bibliográfica, independientemente de la nacionalidad del autor, por eso varios aparecen en más de un país, como Enrico Tulio Liebman o de Mauro Cappelletti. Al respecto, el propio caso de Alcalá-Zamora y Castillo remite a varias naciones porque su obra procesal se desarrolló primero principalmente en España, después en Argentina y finalmente en México.

Los nombres hasta aquí indicados representan lo más destacado del procesalismo en el lapso comprendido entre 1940 y 1965. Después de 1965 debe tenerse presente la producción bibliográfica procesal, entre otros, de los siguientes autores nacionales y extranjeros:⁸⁴

- | | |
|----------------------------|----------------------------|
| Acero, Julio | Buen L., Néstor de |
| Acosta Romero, Miguel | Carpizo, Jorge |
| Adato de Ibarra, Victoria | Carrancá y Rivas, Raúl |
| Arellano García, Carlos | Carrillo Flores, Antonio |
| Arilla Bas, Fernando | Castorena, J. Jesús |
| Armienta Calderón, Gonzalo | Castro Juventino, V. |
| Barquín Álvarez, Manuel | Castro Zavaleta, Salvador |
| Barragán, José | Chávez Padrón, Martha |
| Bazarte Cerdán, Willebaldo | Cortés Figueroa, Carlos |
| Bermúdez Cisneros, Miguel | Cortina Gutiérrez, Alfonso |

⁸⁴ Esta relación fue integrada tomando como base las bibliografías que aparecen en las obras siguientes: *Organización Académica y Programas. Facultad de Derecho UNAM, UNAM, México*, pp. 597-612;

Couto, Ricardo
 Cozián, Maurice
 Cueva, Mario de la
 Cuevas Figueroa, Pedro
 De la Garza, Sergio Francisco
 Díaz de León, Marco A.
 Domínguez del Río, Alfredo
 Dorantes Tamayo, Luis
 Flores García, Fernando
 Fraga, Gabino
 Franco G. Sodi, José Fernando
 Francoz Rigalt, Antonio
 García Moncheno, Vicente
 García Ramírez, Sergio
 Giuliani Fonrouge, Carlos M.
 Góngora Pimentel, Genaro
 González Blanco, Alberto
 González Cosío, Arturo
 Guerrero López, Euquerio
 Heduán Virués, Dolores
 Hernández, Octavio A.
 Islas, Olga
 Johnston, Douglas
 Kaye, Dionisio J.
 Kurczyn, Patricia
 Lanz Cárdenas, Fernando
 León Orantes, Romeo
 Liévana Palma, Gilberto
 Low Murtra, Enrique

Margáin Manautou, Emilio
 Mariscal Gómez, Carlos
 Montero Aroca, Juan
 Noriega Cantú, Alfonso
 Orendáin Kunhardt, Ignacio
 Ovalle Favela, José
 Perenzin, Dominic
 Piña y Palacios, Javier
 Porras y López, Armando
 Rabasa, Emilio
 Ramírez, Elpidio
 Ramírez Fonseca, Francisco
 Ramos Méndez, Francisco
 Rocha Bandala, Juan
 Rodríguez y Rodríguez, Joaquín
 Salmorán de Tamayo, María
 Sánchez Martínez, Francisco
 Serra Rojas, Andrés
 Soberanes Fernández, J.
 Soto Gordo, Ignacio
 Tapia Aranda, Enrique
 Tena Ramírez, Felipe
 Téllez Ulloa, Marco A.
 Trigo, Octavio
 Trueba Olivares, Alfonso
 Trueba Barrera, Jorge
 Zamora Pierce, Jesús
 Zorrilla, Luis G.

Se considera de gran utilidad para tener una visión integral del desarrollo de la doctrina procesal española en la parte final del siglo xx la obra reciente de Francisco Ramos Méndez.⁸⁵

En lo que respecta a nuestro país, en los últimos años, deben destacarse las obras de los autores siguientes:⁸⁶

Adato Green, Victoria
 Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio

Alvarado Durán, Javier
 Arteaga Nava, Elisur

Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, *Derecho procesal*, UNAM, México, 1983, pp. 103-107, y la de la *Biblioteca Jurídica Porrúa*.

⁸⁵ Francisco Ramos Méndez, *Bibliografía procesal española (1978-2000)*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

⁸⁶ Esta lista se ha integrado tomando como fuentes las siguientes obras: Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, "Procesal", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Porrúa-UNAM, Instituto de Investiga-

Barragán Salvatierra, Carlos
 Barrita López, Fernando A.
 Bazdresch, Luis
 Bejarano y Sánchez, Manuel
 Bermúdez Cisneros, Miguel
 Bocanegra Fuerte, Andrés F.
 Borja Osorno, Guillermo
 Brage Camazano, Joaquín
 Cantón Moller, Miguel
 Cárdenas, Raúl F.
 Carranco Zúñiga, Joel
 Carrasco Iriarte, Hugo
 Casoluengo Méndez, René
 Castillo del Valle, Alberto del
 Castrillón y Luna, Víctor M.
 Chavero Montes, Rosalío
 Chávez Castillo, Raúl
 Climent Beltrán, Juan B.
 Contreras Vaca, Francisco J.
 Córdova Romero, Francisco
 Cossío Díaz, José Ramón
 Cruz Agüero, Leopoldo
 Dávalos Mejía, Carlos F.
 Delgado Moya, Rubén
 Espinoza Barragán, Manuel B.
 Esquinca Muñoa, César
 Estrada Padres, Rafael
 Estrella Méndez, Sebastián
 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo
 Franco Villa, José
 Frisch Philipp, Walter
 Galván Rivera, Flavio
 García Peña, Arturo
 García Sámano, Federico
 Garduño Garamendia, Jorge

González Elizondo, José Arturo
 González García, Mario
 González Quintanilla, José Arturo
 González Sosa, Ramiro
 González-Méndez, Alfredo Genis
 Gudiño Pelayo, José de Jesús
 Guerra Aguilera, José Carlos
 Hernández Acero, José
 Hernández López, Aarón
 Hernández Pliego, Julio A.
 Ítalo Morales, Hugo
 Kelley Hernández, Santiago A.
 López Escutia, Luis Ángel
 Lucero Espinosa, Manuel
 Mancilla Ovando, Jorge Alberto
 Mar Ramos, Nereo
 Marroquín Zaleta, Jaime Manuel
 Martínez Gamelo, Jesús
 Martínez Pineda, Ángel
 Meléndez George, León M.
 Melgar Adalid, Mario
 Mirón Reyes, Jorge Antonio
 Monarque Ureña, Rodolfo
 Mora, Daniel
 Moreno Sánchez, Gabriel
 Nazar Sevilla, Marcos A.
 Obregón Heredia, Jorge
 Ojeda Bohórquez, Ricardo
 Oronoz Santana, Carlos M.
 Orozco Henríquez, J. Jesús
 Pérez Dayán, Alberto
 Polo Bernal, Efraín
 Ponce de León Armenta, Luis
 Porte Petit, Celestino
 Quintanilla García, Miguel Ángel

ciones Jurídicas, México, 2002, t. XI, pp. 821-831; Arturo Manjarrez Mosqueda, *Bibliografía*, Colección Panorama del Derecho Mexicano, México, 1997, pp. 63-65; *Catálogo de Derecho y Ciencias Sociales*, Oxford University Press, México, 2002; así como el catálogo bibliográfico de la página en Internet de la *Biblioteca Jurídica Porrúa*, www.porrúa.com.

A la lista de autores mencionada debe agregarse la obra del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, *Derecho procesal*, Diccionarios jurídicos temáticos, vol. 4, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2000.

Reyes Reyes, Pablo Enrique
 Rodríguez Campos, Ismael
 Ross Gámez, Francisco
 Sánchez Pichardo, Alberto C.
 Santos Azuela, Héctor
 Santos Belandro, Ruben
 Saucedo Zavala, María Guadalupe
 Silva Silva, Jorge Alberto
 Tena Suck, Rafael

Torres Díaz, Luis Guillermo
 Torres Estrada, Alejandro
 Tron Petit, Jean Claude
 Uribarri Carpintero, Gonzalo
 Uriegas Mendoza, Ramón
 Vázquez Alfaro, Guillermo Gabino
 Vizcarra Dávalos, José
 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo
 Zamora Sánchez, Pedro

16

Fuentes formales del derecho procesal

En el derecho la palabra *fuentes* tiene un sentido metafórico, porque se habla de *fuentes* en sentido figurado, es decir, se le señala como el origen o forma de nacimiento de algo. El vocablo *fuentes* no es exclusivo de la investigación jurídica, sino que se habla de fuentes de investigación en diversas disciplinas, por ejemplo, las fuentes de una investigación histórica.

En la teoría general del derecho hacemos referencia a los orígenes, a las formas de aparición de las normas jurídicas, y en este sentido es que se habla de dos tipos de fuentes: formales y materiales o históricas. Las fuentes materiales o históricas implican que la reflexión es en las causas de tipo histórico que ocasionaron el surgimiento de alguna norma o institución jurídica, así como en los fenómenos sociológicos, políticos y económicos que motivan el surgimiento de las normas e instituciones jurídicas. El mejor ejemplo de fuentes históricas en nuestro derecho es el surgimiento del derecho agrario, nacido de la Revolución y motivado por la situación que prevalecía de concentración excesiva de la tierra cultivable en manos de unas cuantas familias, la explotación latifundista de las mismas, el despojo de tierras comunales a los poblados indígenas, etc., que fueron la causa de la Revolución y, a su vez, del derecho agrario.

Por lo que se refiere a la fuente formal del derecho, la reflexión se enfoca en la forma de creación jurídica de las normas, es decir, cuando se habla de fuente formal se hace referencia a la mecánica de creación estructural de las normas e instituciones jurídicas. El análisis de la fuente formal prescinde de toda consideración de tipo económico, político o social y, como su nombre lo indica, realiza un estudio de las formas de creación de las normas jurídicas para averiguar cómo son formalmente válidas y vigentes.

Mientras que la fuente material indaga el contenido de la norma, es decir, lo que ésta ordena, dispone o prohíbe, o sea la conducta que postula como debida por razones políticas, económicas y sociales, la fuente formal solamente inquiere sobre la estructura de la norma y sobre su procedimiento de creación para que ésta llegue a ser formalmente válida y vigente. En rigor, las fuentes formales señalan los procedimientos o mecanismos de creación de las normas jurídicas.

Se pueden considerar como fuentes formales la *legislación*, la *costumbre*, la *jurisprudencia*, el *reglamento* y la *circular*.

En cuanto a la *legislación*, el proceso de su creación varía de país a país; sin embargo, en todos, para que una norma jurídica sea ley, necesita forzosamente seguir ciertos procedimientos. Entre nosotros, los pasos o etapas que perfeccionan al acto legislativo son la iniciativa, la discusión, la aprobación, la sanción y la promulgación y la publicación. Cuando se ha cumplido esta mecánica o secuencia de creación legislativa se puede decir que la norma jurídica es formalmente válida.⁸⁷

En cuanto a la *costumbre*, prescindiendo de las definiciones tradicionales, se trata de la observancia espontánea, por un grupo social, de determinadas conductas que el propio grupo social considera obligatorias. Requiere la repetición constante de dichas conductas y la convicción de su obligatoriedad. En nuestro sistema jurídico la costumbre es indudablemente fuente de derecho, pero de menor jerarquía que la ley.

La *jurisprudencia* es, en términos generales, una reiteración de los criterios judiciales. Entiéndase por jurisprudencia no la ciencia del derecho, que es otra de las acepciones del vocablo, sino lo que en otros países se conoce como precedentes judiciales. En nuestro sistema jurídico, las resoluciones de ciertos tribunales constituyen jurisprudencia, siempre que el criterio sostenido se reitere en cinco resoluciones, no interrumpidas por otra en contrario, y que además hayan sido aprobadas por ciertos márgenes de mayoría de los tribunales de composición colegiada que crean la jurisprudencia. El concepto de la jurisprudencia en el derecho mexicano, entendida ésta como precedente judicial, lo da la propia ley.⁸⁸

El *reglamento* es en esencia de la misma naturaleza del acto legislativo, pero con un procedimiento diverso de creación y, además, con una jerarquía menor que la de la propia ley. Todo reglamento contiene un conjunto de normas jurídicas generales, abstractas e impersonales, pero dichas normas jurídicas no están creadas a través del mecanismo legislativo, sino que son expedidas por los órganos de la administración y, en ocasiones, también por los órganos judiciales o por los propios órganos legislativos, pero sin tener el carácter de leyes. Generalmente, el reglamento, sobre todo el de tipo administrativo, es expedido por el poder ejecutivo federal.

⁸⁷ Cfr. arts. 71-72 y 89, fracc. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸⁸ Véase arts. 192-197 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

En nuestro sistema constitucional, la facultad reglamentaria conferida al presidente de la República se encuentra consagrada en la fracc. I del art. 89 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Por ser el reglamento de menor jerarquía que la ley se expide con el fin de completarla, permitir su aplicación y su cumplimiento y detallar y precisar su alcance.

La *circular* es una simple comunicación escrita, interpretativa de los textos contenidos en los reglamentos o en las leyes. Es la fuente formal de menor jerarquía e importancia y puede, en muchas ocasiones, ser emitida por el director de una dependencia respecto de las cuestiones de su área de competencia.

El problema de las fuentes formales de las normas procesales debe plantearse para determinar cuáles son las normas de derecho procesal que rigen en determinado país y en determinado momento. Para aclarar debidamente el problema primero es necesario preguntarnos cómo se identifica una norma procesal. En otras palabras, ¿cuándo identificamos a una norma como procesal o cuándo podemos darle ese calificativo? Así, se nos presenta como preliminar el problema de la identificación de la norma procesal.

La naturaleza procesal de una disposición o regla de derecho se desprende de la función que está llamada a cumplir, no del cuerpo legal en que se encuentre. El lugar propio de estas reglas o disposiciones es, sin duda, el cuerpo legal procesal; pero la realidad nos muestra disposiciones o reglas rigurosamente procesales contenidas en cuerpos legales de derecho sustantivo o material.⁸⁹

La norma procesal se identifica, entonces, por la función que está llamada a cumplir, o sea, por su objeto, el cual es el mismo que el objeto del proceso y, por consiguiente, podemos considerar como normas procesales a todas aquellas relacionadas con el desarrollo del proceso, las reglas referidas al desenvolvimiento de la acción, la defensa o reacción, la función jurisdiccional misma y las conductas de los terceros ajenos a la relación sustancial, conductas o actos proyectados o destinados a la solución del litigio mediante la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido.

Un estudio de conjunto de la legislación procesal de cualquier estado nos permite distinguir en ella leyes procesales formales (procedimentales o de procedimientos), leyes procesales materiales (que regulan la capacidad de las partes, los requisitos de los actos procesales, la eficacia de las resoluciones judiciales, etc.), y leyes procesales orgánicas (que atienden a la constitución de los órganos de jurisdicción, y que no pueden ser consideradas como meramente administrativas).⁹⁰

⁸⁹ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁰ *Loc. cit.*

Ahora bien, una vez que hemos precisado cuál es la norma procesal, debemos determinar si tiene como forma de creación la ley o un acto legislativo o si también es posible que otras fuentes formales creen normas procesales. La cuestión es determinar si aparte de la ley, las otras fuentes mencionadas, como la costumbre, la jurisprudencia, el reglamento o la circular, pueden ser fuentes formales creadoras de normas procesales. La tendencia que se generaliza cada vez más es la de que la norma jurídica procesal sea de carácter legal, es decir, sea una norma legislada, y pensamos que ése debe ser el criterio predominante. Las normas procesales deben provenir fundamentalmente de los actos legislativos. Sin embargo, esto ni es siempre así ni tampoco lo ha sido, porque en muchos países las normas procesales son de origen consuetudinario y en otros, como Estados Unidos de América, en virtud de una delegación parlamentaria "ha sido la Suprema Corte de Justicia quien ha elaborado estas leyes (procesales)".⁹¹

En nuestra opinión, la única fuente de creación de normas procesales debe ser la ley, y pretendemos fundamentar esta opinión en la circunstancia de que se trata de normas de derecho público, o sea, que se refieren a la actuación de órganos de autoridad, a la actuación de los tribunales. Las demás fuentes formales tienen una menor jerarquía y, en cuanto a la jurisprudencia o la creación judicial de normas procesales, vemos en ella el peligro de que sean los propios órganos judiciales los que creen las normas de su propia actuación, lo que no deja de ser riesgoso. En todo caso, la jurisprudencia, la costumbre, el reglamento o la circular serán más bien fuentes de creación de normas de interpretación y aplicación respecto de otras normas procesales preexistentes, éstas sí de carácter legislativo. En otros términos, las normas procesales fundamentales deben ser de carácter legislativo y, en todo caso, podrá admitirse la existencia de cierto margen de normas procesales que encuentren su origen en la jurisprudencia o en las otras fuentes formales de creación jurídica, pero sólo como, repetimos, normas complementarias de interpretación o adecuación de aquellas otras de carácter legislativo y que deben ser las que dan la estructura fundamental al proceso. Debe observarse que ni la jurisprudencia ni la costumbre y mucho menos el reglamento o la circular pueden ir contra el texto de la ley. Respecto de la costumbre, nuestra legislación expresamente establece que "contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".⁹²

⁹¹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 76.

⁹² Art. 10 del Código Civil para el Distrito Federal.

17

Enunciación y clasificación de las fuentes legislativas procesales

En el capítulo anterior llegamos a la conclusión de que la principal fuente de las normas procesales es la ley. En el presente queremos dar respuesta a la pregunta siguiente: ¿cuáles son las principales leyes que comprenden normas procesales en nuestro régimen jurídico? En este sentido hacemos referencia a aquellos cuerpos legales que contienen disposiciones o normas de naturaleza procesal. Cabe reiterar aquí que el carácter procesal de una norma no está determinado por el lugar en el cual se encuentre dicha norma, sino por su naturaleza, que, en el caso de las normas procesales, se manifiesta por la función que se le encomienda. Para clasificar las leyes de contenido procesal dentro del régimen jurídico mexicano, hemos tomado el criterio de Alcalá-Zamora y Castillo:

La legislación procesal civil mexicana podemos agruparla en tres sectores: *Federal*, del Distrito y Territorios *Federales* y de los *Estados* integrantes de la Federación. La *Federal* cabe a su vez, distribuirle en dos subgrupos: *Federal en estricto sentido*, o sea, la que es consecuencia del régimen político instituido en la República y, *propriadamente nacional*, con alcance idéntico a la de la misma índole existente en un país unitario.⁹³

La clasificación de las leyes o cuerpos legislativos contentivos de normas procesales está tomada básicamente de la que ha formulado el citado autor, desde luego con los ajustes necesarios por las reformas legislativas de los últimos años. En el cuadro 17.1 condensamos dicha clasificación de las fuentes legislativas procesales en el derecho mexicano.

⁹³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Síntesis de derecho procesal*, UNAM, México, 1966, p. 19.

Nacionales	Federales	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>
		<i>Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación</i>
		<i>Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República</i>
		<i>Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa</i> (antes Tribunal Fiscal de la Federación)
		<i>Código Civil Federal</i>
		<i>Código Penal Federal</i>
		<i>Código Fiscal de la Federación</i>
		<i>Código Federal de Procedimientos Civiles</i>
		<i>Código Federal de Procedimientos Penales</i>
		<i>Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales</i>
	<i>Ley de Amparo</i> , Reglamentaria de los arts. 103 y 107 constitucionales	
	<i>Ley Reglamentaria de las fraccs. I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	
	<i>Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.</i>	
	Nacionales propiamente dichas	<i>Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios</i>
		<i>Ley Orgánica de los Tribunales Militares</i>
<i>Código de Comercio</i>		
<i>Ley Federal del Trabajo</i>		
<i>Ley de Concursos Mercantiles</i>		
Locales	Del Distrito Federal	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i> , art. 122, inciso c, bases primera, fracc. V, inciso f, cuarta y quinta
		<i>Estatuto de Gobierno del Distrito Federal</i>
		<i>Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal</i>
		<i>Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal</i>
		<i>Código Civil para el Distrito Federal</i>
	<i>Código Penal para el Distrito Federal</i>	
	<i>Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal</i>	
	<i>Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal</i>	
	<i>Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal</i>	
	<i>Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal</i>	
<i>Código Electoral para el Distrito Federal</i>		
De los estados	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i> , art. 116, fraccs. III, IV y V	
	<i>Constitución local</i> (bases generales de administración)	
	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>	
	<i>Ley Orgánica del Ministerio Público</i>	
	<i>Código Civil</i>	
<i>Código Penal</i>		
<i>Código de Procedimientos Civiles</i>		
<i>Código de Procedimientos Penales</i>		
<i>Códigos o leyes de justicia administrativa</i>		
<i>Código Electoral</i>		

No podemos cerrar este capítulo sin subrayar la relevancia que tienen las diversas disposiciones contenidas en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* cuando están investidas de carácter procesal. Cualquier proceso jurisdiccional encontrará las bases o los fundamentos de su estructura y las reglas primarias de su desarrollo en una serie de ordenamientos constitucionales. El estudioso del derecho procesal debe hacer un análisis de dichas disposiciones y derivar de las mismas los principios formativos del proceso jurisdiccional mexicano. Recomendamos, especialmente, la lectura cuidadosa de los siguientes preceptos constitucionales que dan estructura al proceso jurisdiccional: arts. 2o., inciso A, fraccs. II y VIII; 8, 13-14, 16-23; 27, fracc. XIX; 41, fracc. IV, 60, párrafos segundo y tercero, y 99; 49 y 103-107; 73, fracc. XXIX-H; 116, fraccs. III, IV, incisos c, d y e, y V; 122, inciso c, bases primera, fracc. V, inciso f, cuarta y quinta; 123, apartado A, fracc. XX, y apartado B, fracc. XII; y 133.

Haremos en seguida una brevísima referencia al contenido de dichos preceptos. El art. 2o., inciso A, fraccs. II y VIII, se ocupa de la aplicación de los sistemas normativos propios de los pueblos y comunidades indígenas en la solución de sus conflictos internos y del acceso pleno a la jurisdicción del estado, tomando en cuenta sus costumbres y características culturales, así como el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores conocedores de su lengua y su cultura.

El art. 8 consagra el derecho de petición y la obligación de las autoridades de responder o contestar a las peticiones o reclamaciones de los particulares.

El art. 13 establece la garantía de que nadie podrá ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales y, además, reitera la abolición de los fueros.

El art. 14, junto con el 16, es uno de los más importantes, ya que establece una serie de garantías como la prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna, el principio de que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho; la prohibición de aplicar penas, en materia criminal, por analogía o por mayoría de razón, etcétera.

El art. 16 obliga a toda autoridad a emitir sus mandamientos por escrito, fundando y motivando la causa legal del procedimiento; la limitación a las solas autoridades judiciales para librar órdenes de aprehensión o detención, que deben estar siempre basadas en denuncias, acusaciones o querrelas; la limitación sólo a la autoridad judicial para decretar órdenes de cateo, etcétera.

El art. 17 es considerado como la base de la administración de justicia, ya que prohíbe la autotutela y fundamenta el principio de la existencia de los tribunales para la administración de justicia.⁹⁴

⁹⁴ *Supra*, cap. 4.

Los arts. 18-23 establecen las garantías necesarias para los procesados en los procesos penales. Esto es muy importante porque todas las legislaciones procesales penales de la República deben ajustarse a estos principios y, asimismo, todas las autoridades judiciales del país deben respetar el texto de estas disposiciones.

El art. 27, fracc. XIX trata de impartición de la justicia agraria.

Los arts. 41, fracc. IV, 60, párrafos segundo y tercero, y 99 contienen las reglas sobre las impugnaciones en materia electoral, incluyendo las referidas a las determinaciones sobre la declaración de validez de las elecciones, el proceso electoral y la organización del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El art. 49 consagra la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial. La división de poderes y funciones es uno de los pilares de todo sistema democrático y republicano e implica, entre otras cuestiones, la distribución equilibrada de dichas funciones, la limitación del ámbito competencial de todas las autoridades y la especialización de los órganos, que por la reiteración de sus funciones debe tender a lograr un más eficaz desempeño de las mismas. Desde el ángulo procesal la función que nos interesa primordialmente es la realizada por el poder judicial, que tradicional y normalmente debe desempeñar las funciones jurisdiccionales sin perjuicio de que, como lo veremos en su oportunidad,⁹⁵ los otros poderes también desarrollen funciones jurisdiccionales.

El art. 73, fracc. XXIX-H aborda la institución de los tribunales de lo contencioso administrativo en materia federal.

Los arts. 103-107 establecen las bases de organización y competencia del poder judicial federal, no obstante que la propia *Constitución*, ya desde su art. 94, comience a tratar lo relativo al citado poder judicial de la federación; las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. También las bases constitucionales relativas a la organización del poder judicial federal se desenvuelven en la correspondiente ley orgánica, asunto que será motivo de nuestra atención en el capítulo respectivo.⁹⁶

El art. 116, fraccs. III, IV, incisos *c*, *d* y *e* y V contiene las bases de organización judicial del orden común para todas las entidades federativas, lo relacionado con los tribunales electorales estatales y el establecimiento de tribunales contencioso administrativos a nivel local.

El art. 122, inciso *c*, bases primera, fracc. V, inciso *f*, cuarta y quinta, tiene especial importancia porque ahí se encuentran los principios fundamentales de organización de los tribunales del fuero común del Distrito Federal, los que son desarrollados por la ley orgánica respectiva que será estudiada y analizada más

⁹⁵ *Infra*, caps. 25 y 27.

⁹⁶ *Infra*, cap. 34.

adelante,⁹⁷ así como la organización de los tribunales electorales locales, remitiendo al art. 116, fracc. IV, como también a los tribunales contencioso administrativos locales.

El art. 123, en sus apartados A y B, fraccs. XX y XII, respectivamente, tiene relevancia procesal porque es el fundamento de existencia de los tribunales que resuelven los conflictos de tipo laboral, tribunales que se denominan Junta de Conciliación y Arbitraje y Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Finalmente, debe hacerse referencia al art. 133 porque postula la supremacía constitucional, o sea, el imperio de la ley constitucional como ley suprema de toda la Unión. Dicho precepto impone a los jueces de los estados la obligación de dictar sus resoluciones y de conducir sus procesos con arreglo a ese orden constitucional, a pesar de las disposiciones en contrario que pudieran encontrar en sus constituciones o leyes locales.

⁹⁷ *Infra*, cap. 33.

Conceptos fundamentales de la ciencia procesal

Si toda ciencia es un conjunto ordenado y sistematizado de conceptos y si todo concepto es una representación mental de un objeto de la realidad o bien de un objeto ideal, es evidente que hay conceptos de diversa importancia o jerarquía y, además, conceptos subordinados a otros o que dependen de ellos. Los conceptos básicos o más importantes de toda ciencia son las "categorías" o "conceptos categoriales".

En toda disciplina científica encontramos un conjunto de esos conceptos fundamentales o categorías, que son jerárquica y también sistemáticamente superiores a todos los demás conceptos y los abarcan y determinan. Por ejemplo, en la trigonometría, que es una disciplina matemática, encontramos una serie de conceptos fundamentales; por ejemplo, si el concepto de mayor jerarquía es el triángulo, otros conceptos fundamentales son derivados de éste, como cateto menor, de cateto mayor, de hipotenusa, de secante, de tangente, los logaritmos, etc. Otro tanto podría decirse de la biología, en la cual, el concepto de célula es "categorial" y en la gramática encontraremos los conceptos categoriales de verbo, sujeto, preposición, artículo, referidos al análisis gramatical, y podríamos ver que otra parte de la gramática es la prosodia, sintaxis, etc. Así, toda disciplina científica cuenta con conceptos fundamentales que son las categorías más importantes, los cuales, por ser de mayor jerarquía, rigen o gobiernan a los demás conceptos.

En la ciencia del derecho, recordemos aquí que se ha considerado como categoría fundamental el concepto de norma jurídica. De ahí se derivan los demás conceptos jurídicos, como los de supuesto, consecuencia, sujetos de derecho, derecho, obligación, etcétera.

En cuanto a la ciencia procesal, ha sido preocupación de los estudiosos determinar cuáles son los conceptos fundamentales. Al respecto, no hay unanimidad, pero sí lo que podríamos llamar una corriente dominante. Tal parece, por otra parte, que los problemas que han preocupado al derecho procesal no han sido de la misma extensión o amplitud, porque

[...] el ámbito de lo procesal no se ha determinado desde un principio, ni ha permanecido invariable, sino que se ha ensanchado o contraído, a la zaga de las tendencias imperantes sobre la esencia de las principales nociones constitutivas. De allí que todavía tengamos que lamentar una constante vacilación, una tremenda inconsecuencia y un enorme desconcierto entre los tratadistas.⁹⁸

La imprecisión en los conceptos quiere encontrar su justificación en la idea de que "la ciencia del proceso es la rama más moderna de la ciencia del derecho".⁹⁹ Sin embargo, no ha dejado de preocupar a algunos el que "no se ha puesto atención alguna a las denominaciones [y] los matemáticos o los físicos encuentran que en el derecho no existe un sistema científico, pues cualquier noción, todo concepto jurídico, tienen significados multívocos o equívocos."¹⁰⁰

Briseño Sierra distingue entre conceptos fundamentales, básicos y elementales. Postula el dinamismo como concepto fundamental y declara que los conceptos básicos son: *litigio*, *controversia*, *acuerdo*, *desacuerdo* y *causa*. Habla de nociones elementales y enfoca los aspectos doctrinales que él considera más difundidos respecto de la *acción*, la *jurisdicción* y el *proceso*. Piensa también que el concepto de proceso no puede ser elemental y que además hay otros conceptos elementales que deben tenerse en cuenta, por ejemplo el *procedimiento*, la *instancia* y el *proveimiento*, y concluye que los tres conceptos elementales son: *instancia*, *conexión* y *proveimiento*.¹⁰¹ Estas ideas, pese a su originalidad, deben ser tomadas con reserva, porque los criterios adoptados para clasificar los conceptos en fundamentales, básicos y elementales no son, a nuestro juicio, suficientemente claros ni fundados.

En nuestra materia, a lo largo de la historia, se han manejado diferentes conceptos como fundamentales o de mayor importancia. Así, en Roma, en la primera etapa del orden judicial privado, el concepto fundamental fue el de la *litis contestatio*. Durante la época de la escuela llamada *judicialista*, el concepto fundamental que previó fue el de *juicio*, entendido éste en el sentido de lo que hoy concebimos como proceso. Más adelante, se destacan sobre todo en la época del procedimentalismo tres

⁹⁸ José Lois Estévez, *Grandes problemas del derecho procesal*, Porto y Cía. Editores, Santiago de Compostela (sin mención del año).

⁹⁹ James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, EJEA, Buenos Aires, t. I, p. 15.

¹⁰⁰ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, pp. 123 y 145.

¹⁰¹ *Ibid.*, t. II, pp. 121-144.

conceptos fundamentales: *organización judicial*, *competencia* y *procedimiento*. En el siglo XIX los alemanes destacan el concepto de la *cosa juzgada*. Más tarde, ya en el siglo XX, Carnelutti resalta los conceptos de *litigio* y de la *pretensión*.

Ahora bien, la doctrina dominante ha sostenido de forma reiterada que los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal son los siguientes:

1. Concepto de acción
2. Concepto de jurisdicción
3. Concepto de proceso

Esta idea de los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal aparece por primera vez en las notas de un discurso o lección inaugural de un curso que pronunció en 1903 Chiovenda en la Universidad de Bolonia. Alcalá-Zamora y Castillo dice en una pequeña nota de unas cuantas líneas que Chiovenda "apunta la idea de que los conceptos fundamentales del proceso son acción, jurisdicción y proceso".¹⁰²

Con todo parece ser que después de 1903 Chiovenda no desenvuelve ni desarrolla esta importantísima idea de que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso son los más importantes y fundamentales de la ciencia procesal. Es un discípulo suyo,

[...] Calamandrei, quien se da cuenta de la trascendencia del hallazgo y entonces él, ya sí de una manera categórica y precisa, afirma que las ideas fundamentales para la elaboración de la sistemática procesal, son esas tres y, a partir de entonces, una serie de autores de diferentes países van suscribiendo el mismo punto de vista y sustentan la idea de que la sistemática procesal puede alzarse sobre estos tres conceptos. Inclusive en Argentina, un autor, Podetti, los engloba bajo la denominación de *trilogía estructural del proceso*.¹⁰³

Estos tres conceptos se han considerado de tanta importancia para la ciencia procesal, que se ha llegado a exponer que:

[...] he aquí que acción, jurisdicción y proceso, constituyen la esencialidad del concepto de éste (proceso), en inseparable unidad, por el fin común a que se dirigen y al que sirven. La unidad de la necesidad de estos elementos, es lo que da unidad al proceso. La necesidad de la acción, para provocar la necesidad de la jurisdicción y la necesidad de que ésta actúe en el proceso y sólo en éste, es lo que le da unidad [...] la teoría del proceso y su estructura orgánica sólo se consolidará sobre base sólida, delineando su sistema científico en consideración a estos tres elementos. Y ello permitirá, a la vez, resolver cuestiones que aún son objeto de debate.¹⁰⁴

¹⁰² Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 66.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 66.

¹⁰⁴ A. Bartolini Ferro, *Presupuestos de la teoría del proceso*, Arayú, Buenos Aires, 1953, pp. 31-33.

La expresión *trilogía estructural del derecho procesal* le ha parecido a Alcalá-Zamora y Castillo demasiado pretenciosa, puesto que los conceptos que abarca no han alcanzado el grado de madurez indispensable, precisamente por lo reciente, por lo nuevo, de la ciencia procesal, y esa inmadurez de los conceptos le ha permitido formular, en contraposición a la idea de la trilogía estructural, la del trípode desvencijado, conjuntamente y apoyada en un ingenioso juego de palabras de los verbos ser y estar, aplicados a los conceptos de acción, de jurisdicción y de proceso. Aunque no todo lo que dice este autor sea cierto, la verdad es que la idea es llamativa precisamente para resaltar la incertidumbre doctrinal en torno a esos conceptos y para destacar las dificultades técnicas de toda esta problemática.

[...] del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción conocemos lo que es pero no dónde está (si en el derecho procesal o en el constitucional), y de la acción ignoramos lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) y dónde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal). Como es natural, nuestras palabras no deben ser tomadas al pie de la letra, sino sólo como una forma llamativa de expresar la incertidumbre doctrinal en torno a estos conceptos, que el argentino Podetti ha reunido bajo el nombre de *trilogía estructural del proceso* y que nosotros, para reflejar la inestabilidad actual de las investigaciones a ellos relativas, designamos como *trípode desvencijado* sobre el que, sin embargo, se alza el edificio de nuestra disciplina.¹⁰⁵

Ampliando la idea expuesta, Alcalá-Zamora y Castillo sostiene que respecto del *proceso*, sabemos dónde está porque lo encontramos en el derecho procesal, pero no sabemos lo que es, porque hay numerosas doctrinas acerca de su naturaleza.

En cuanto a la *jurisdicción*, sabemos que es una función estatal, pero ignoramos dónde está, si en el derecho procesal o en el constitucional, al grado de que Eduardo J. Couture, en cierta época de su evolución científica, consideró el tema de la jurisdicción como fuera del derecho procesal, aunque luego rectificó esa idea. El propio Alcalá-Zamora y Castillo ha expuesto la muy gráfica idea de que la jurisdicción es un tema por igual propio del derecho procesal y del derecho constitucional. Hemos oído a Alcalá-Zamora y Castillo decir que lo que sucede es que el derecho constitucional realiza un estudio analítico y estático de la función jurisdiccional; por el contrario, el derecho procesal hace un enfoque sistemático y dinámico del fenómeno jurisdiccional. Completa Alcalá-Zamora y Castillo esta idea explicando que el derecho constitucional toma fotografías fijas del fenómeno jurisdiccional, mientras que el derecho procesal toma películas cinematográficas.

En cuanto al concepto de acción el problema es doble porque no sabemos dónde está ni qué es. No sabemos si pertenece al derecho público o al derecho privado,

¹⁰⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y...*, pp. 103 y 104.

y no sabemos lo que es porque, como sucede también con el proceso, hay muchas doctrinas que tratan de explicar lo que es la acción. Reiteramos la idea expuesta por el propio Alcalá-Zamora, en el sentido de que toda esta exposición no deja de ser exagerada y sólo constituye una forma llamativa de expresar la incertidumbre doctrinal en torno a los conceptos examinados.

De las cuestiones examinadas hasta aquí, podemos concluir que los conceptos fundamentales de la ciencia procesal son los de *acción*, *jurisdicción* y *proceso*. Todos los demás están subordinados y serán derivados o dependientes de estos tres principales. Hay otra serie de conceptos de muy especial importancia para el proceso o relacionados con él. Así el concepto de *litigio*, como su subordinado, o sea el de pretensión, o bien los de *procedimientos*, *instancia* o *proveimiento*, como también los conceptos de *autodefensa* y de *autocomposición*, que indudablemente pertenecen a la ciencia procesal.¹⁰⁶ Muchos de esos conceptos no son esencial ni necesariamente procesales, pero están conectados con el fenómeno procesal y dicha vinculación impone a la ciencia procesal que los considere para tratarlos, para examinarlos precisamente en cuanto a su relación, en cuanto a su importancia, con los fenómenos procesales. Así nadie discute que conceptos como *litigio*, *autocomposición*, *autodefensa*, *procedimiento*, *instancia*, etc., se pueden dar fuera e independientemente del proceso, lo cual no le resta legitimación a la ciencia procesal para ocuparse de ellos, por la íntima relación que guardan con el proceso y con los fenómenos procesales.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 33.

Las teorías que tratan acerca de la acción serán examinadas más adelante.¹⁰⁷ Aquí sólo queremos hacer referencia al concepto de acción que aceptamos y destacaremos que el estudio de la misma constituye "el más importante análisis de esta ciencia [...] su depuración inicia la era científica de la rama, funda su autonomía y permite la sistematización".¹⁰⁸

Entendemos por acción *el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.*

Ahora bien, esta definición no es muy específica, ya que abarca varios géneros próximos, extraídos de la variedad de opiniones formuladas respecto de la acción. Lo importante es dejar asentado que consideramos la acción como algo que provoca la función jurisdiccional del estado.

Aceptado esto, es conveniente dejar asentada la idea de que la acción, en sentido procesal, cuando menos tiene tres acepciones:¹⁰⁹ como sinónimo de derecho, como sinónimo de pretensión y de demanda y como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción.

¹⁰⁷ *Infra*, caps. 23-24.

¹⁰⁸ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, pp. 179-180.

¹⁰⁹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil*, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 60.

Como sinónimo de derecho

Es el sentido que tiene el vocablo *acción* cuando se dice "el actor carece de acción", o sea, se identifica la acción con el derecho de fondo o sustantivo o, en todo caso, se le considera una prolongación del derecho de fondo al ejercitarse ante los tribunales,

Como sinónimo de pretensión y de demanda

La acción en este supuesto se interpreta como la pretensión de que se tiene un derecho válido y en razón del cual se promueve la demanda respectiva, de ahí que se hable de demanda fundada e infundada.

Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción

Se alude aquí a un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y en cuyo nombre es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo de su pretensión. El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar. Pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón. Así, al igual que Couture, entendemos por acción "no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales".¹¹⁰

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 61.

Concepto de jurisdicción. Divisiones de la jurisdicción

Entendemos la jurisdicción como una función soberana del estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de un litigio o controversia, mediante la aplicación de una ley general a ese caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

Es conveniente aclarar que la jurisdicción está comprendida dentro del proceso, porque no puede haber proceso sin jurisdicción, como no puede haber jurisdicción sin acción. A la jurisdicción y a la acción no se les puede pensar la una sin la otra, porque la acción aislada no puede darse y la jurisdicción no se concibe sino en virtud del acto provocatorio de la misma, que es precisamente la acción.

Advertimos que el concepto de la jurisdicción no sólo pertenece a la ciencia procesal, sino también a la teoría del estado y al derecho constitucional. En nuestra definición suponemos que la jurisdicción es una función soberana del estado y con ello tomamos aquí dos conceptos manejados por la teoría del estado: los conceptos de estado y de soberanía.

Desde un punto de vista lógico jurídico, el estado es un ente fáctico, creador e imponentor de un orden jurídico. La soberanía, íntimamente ligada con el estado, consiste en el poder de creación y de imposición del orden jurídico. Es claro que enfocamos los dos conceptos anteriores desde una perspectiva estrictamente lógica jurídica y no desde un punto de vista contingente, ideológico e histórico. Esta reflexión la dirigimos al concepto de soberanía, porque a lo largo de la historia del pensamiento jurídico político, pensadores y filósofos se han preguntado de dónde emana la soberanía, más bien que lo que sea en sí misma. En la evolución del concepto se preguntaba de quién emanaba la soberanía, si de dios, del soberano, del pueblo, etc. Por el contrario, desde el ángulo lógico jurídico se hace abstracción de la

preocupación por el origen de la jurisdicción; no importa de quién venga, pues lo que en realidad debe investigarse es lo que es en sí.

Así pues, la jurisdicción es una función soberana del estado, que se desarrolla a través de todos esos actos de autoridad encaminados a solucionar un litigio mediante la aplicación de la ley general al caso concreto controvertido. La culminación de la función jurisdiccional es la sentencia, y la opinión dominante en la doctrina sostiene el carácter jurisdiccional de esta última. Sin embargo, hay opiniones disidentes que sostienen que la jurisdicción no abarca la sentencia y que sentenciar es ya un acto fuera de la jurisdicción, es decir, un acto no jurisdiccional. Por ejemplo, se ha dicho que "son dos cosas distintas dirigir el proceso y sentenciar el conflicto".¹¹¹ Briseño Sierra afirma que uno de los aspectos fundamentales en la distinción entre el acto jurisdiccional y la sentencia es que el primero es receptivo por parte del juez y la segunda es emitida por el juez y las partes la reciben.¹¹²

Por nuestra parte, no encontramos ningún argumento suficientemente sólido para sostener que la sentencia no sea un acto jurisdiccional, porque es precisamente el acto de aplicación de la ley general al caso concreto controvertido y tanto es jurisdicción esa aplicación como todos los actos estatales previos a la misma y que conducen a ella. Recuérdese, además, el origen etimológico de la palabra *jurisdicción*, que significa "decir el derecho", y éste se dice fundamentalmente en la sentencia.

Pensar que la función jurisdiccional pueda no ser estatal, como en el caso del arbitraje privado,¹¹³ equivaldría a señalar actividades administrativas y legislativas, también privadas, no estatales; sólo que, admitiendo su existencia, se trataría de remedios o parodias de las genuinas funciones estatales, por cuanto que éstas siempre implican y presuponen el imperio de la autoridad que las desempeña y hablar de tribunales "con jurisdicción y sin imperio" es referirse al desempeño de una función jurisdiccional a medias.

En el lugar oportuno de esta obra,¹¹⁴ y al distinguir entre sí las funciones estatales, señalaremos los rasgos que, a nuestro entender, distinguen y perfilan el acto jurisdiccional confiriéndole una fisonomía propia y peculiar. Por ahora adelantamos, adhiriéndonos a la opinión de Alcalá-Zamora y Castillo, que "el concepto de jurisdicción no se puede elaborar a base de un solo rasgo o requisito, sino de una concurrencia o confluencia de varios";¹¹⁵ o sea, adoptamos un enfoque pluralista para identificar, ubicar y definir la jurisdicción.

¹¹¹ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, p. 261.

¹¹² *Ibid.*, pp. 259-265.

¹¹³ Cfr. Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, pp. 261, 271, 275 y 330.

¹¹⁴ *Infra*, cap. 25.

¹¹⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *La teoría general de proceso y la enseñanza del derecho procesal*, Prensa Castellana, 1968, p. 64, nota 177.

Divisiones de la jurisdicción

Hay varios criterios para clasificar la jurisdicción. Castillo Larrañaga y De Pina¹¹⁶ formulan las ocho divisiones siguientes de la jurisdicción:

1. Secular y eclesiástica
2. Común, especial y extraordinaria
3. Civil, penal, contencioso-administrativa, comercial, laboral, etcétera
4. Voluntaria y contenciosa
5. Retenida y delegada
6. Propia, delegada arbitral, forzosa y prorrogada
7. Acumulativa o preventiva y privativa
8. Concurrente

Haremos un breve examen de estas divisiones.

Secular y eclesiástica

Esta clasificación ha sido superada en gran número de países del mundo; sin embargo, se conserva en algunos, como España e Italia. El término *secular* proviene de la palabra latina *seculo*, o sea, siglo. Esta jurisdicción, en este criterio verdaderamente medieval, era la del siglo, la terrenal frente a una jurisdicción eclesiástica, es decir eterna. Estas ideas tuvieron vigencia en la Edad Media y corresponden a la idea del poder divino o eterno y del poder temporal o terrenal. En la organización de la Iglesia católica hay tribunales que aplican precisamente el derecho eclesiástico. En los países mencionados existen los concordatos, que son los pactos entre el estado y el Vaticano, en los cuales se le reconoce cierta validez a las resoluciones dictadas por dichos tribunales eclesiásticos. Antes de la reforma de Salinas, el texto constitucional no reconocía personalidad alguna a las instituciones denominadas iglesias. El nuevo texto constitucional¹¹⁷ ya se las reconoce y en tal virtud, aunque no existe un concordato entre México y el Vaticano, aún quedan por determinarse el tipo de tratamiento, los efectos y el probable reconocimiento que las sentencias de los tribunales eclesiásticos puedan llegar a tener en el sistema jurídico mexicano.

Común, especial y extraordinaria

La jurisdicción común es la que imparte el estado a todos sus gobernados, sin acudir a un criterio específico de especialización. Por lo general, en toda localidad de

¹¹⁶ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, pp. 55 y 58.

¹¹⁷ Art. 130, párr. segundo, inciso a, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

cualquier país del mundo, es la que imparte el juez común y corriente. En las épocas feudales, cuando los hombres se organizaban en gremios, en las pequeñas aldeas, no había una función jurisdiccional estatal que pudiera considerarse común, y no es sino hasta la aparición del estado nacional moderno cuando surge un sistema judicial encargado de ser el que imparta esta jurisdicción común. Más tarde aparece la jurisdicción especial, más que especial, especializada, que tiene su razón de existencia en la división del trabajo, por la cual, a medida que el grupo social se desenvuelve o desarrolla, surgen tribunales del trabajo, administrativos, de orden federal o local, etc. La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece que: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales."¹¹⁸ La expresión usada por el constituyente no es acertada, porque lo que se quiso significar es que se prohibían los tribunales que ejercen jurisdicción extraordinaria y que son los que deben entenderse prohibidos por nuestro sistema constitucional. La jurisdicción extraordinaria es la desempeñada por tribunales organizados especialmente, a propósito, después de que han sucedido los hechos por juzgarse. Esta prohibición de jurisdicción extraordinaria se reitera en el mismo texto constitucional: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos."¹¹⁹

El tribunal extraordinario o, más bien, de jurisdicción extraordinaria es, entonces, el creado *ex profeso* para juzgar hechos y acontecimientos ocurridos antes de su creación. Posiblemente el caso característico de estos tribunales sea el de los que juzgaron los crímenes de guerra, los llamados *juicios de Nuremberg* contra los criminales nazis de la Segunda Guerra Mundial. Independientemente de la evidencia de los atroces crímenes cometidos por los nazis, los juicios de Nuremberg constituyen un funesto precedente, una verdadera parodia procesal y una simulación de tribunales como con todo acierto lo afirma Alcalá-Zamora y Castillo al hacer un examen de ciertas formas de autotutela o autodefensa vengativa.¹²⁰

Civil, penal, contencioso-administrativa, comercial, laboral, etcétera

Este criterio de clasificación de la jurisdicción tiene relación estrecha con la jurisdicción especial o especializada. Más que tratarse de una clasificación de materias, esta división es de los asuntos que se ventilan a través de la función jurisdiccional y se enfoca al contenido del proceso y no al proceso mismo. Es decir, se refiere más a la naturaleza de los litigios que de los procesos, lo que explica la distribución

¹¹⁸ Art. 13 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

¹¹⁹ Art. 14.

¹²⁰ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 64-66.

de funciones, de competencias. Por eso en algunos sistemas los tribunales se dividen en civiles y penales, mientras que en otros hay además tribunales constitucionales, laborales, administrativos, fiscales, mercantiles, familiares, agrarios, electorales, etc., clasificaciones basadas en la naturaleza del conflicto o litigio y que redundan en una especialización sustantiva, la cual, en términos generales, es de gran utilidad.

Voluntaria y contenciosa

De acuerdo con un principio varias veces repetido, sostenemos que la única jurisdicción verdadera y genuina es la contenciosa. El litigio, en nuestra opinión, es un elemento necesario para la existencia del proceso y, por tanto, para el desempeño o desarrollo de la función propiamente jurisdiccional, ya que la jurisdicción siempre recae sobre una controversia. Sin embargo, la expresión "jurisdicción voluntaria" sigue siendo sumamente utilizada y con ella se alude a una serie de gestiones o de tramitaciones en las cuales no hay litigio y que se desenvuelven frente a un órgano judicial, cuya intervención obedece a una petición de algún sujeto de derecho y que tiene por objeto examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones. La doctrina se ha planteado en diversas ocasiones el interrogante relativo a la naturaleza de estos actos de jurisdicción voluntaria. Algunos han considerado que son actos administrativos puestos en manos de autoridades judiciales por mandato de la ley. Otras opiniones sostienen que se trata de una función *sui generis*, de naturaleza especial, la cual no puede asimilarse ni identificarse a los actos administrativos ni a los actos meramente jurisdiccionales.

Retenida y delegada

Esta distinción también conserva un interés meramente histórico y si acaso sobrevive algún ejemplo de jurisdicción retenida y delegada, es a título verdaderamente excepcional. La concepción respondía a la organización de carácter autárquico y absolutista en la cual los actos estatales, no sólo los jurisdiccionales, se realizaban siempre a nombre del soberano. En estas épocas, por ejemplo en la Colonia, todos los actos de autoridad, y muy especialmente las sentencias, se iniciaban siempre con frases casi sacramentales, invocando el nombre y los títulos del soberano en cuya gracia, nombre y representación se pronunciaba la sentencia. La función jurisdiccional del juez más modesto y alejado se realizaba por delegación del soberano y la jurisdicción retenida era la que desempeñaba de modo propio el soberano mismo. El rey, en una actitud graciosa, delegaba su función soberana en los titulares de los órganos de autoridad.

En la actualidad, sobre todo en la esfera del derecho administrativo, sigue habiendo un amplio margen de atribuciones retenidas y delegadas, fundamentalmente en los regímenes de tipo presidencialista, en el cual encontramos una concentración del poder y una serie de entidades que desempeñan sus atribuciones en un sentido hasta cierto punto de delegación, pero, en todos los ámbitos del ejercicio del poder público, desde la Revolución francesa, la distribución de las funciones soberanas se ha dejado cada vez menos al capricho o a la voluntad de un sujeto, y se prefiere que esté dada por la propia ley, por lo que la idea de las funciones retenidas y de las funciones delegadas ha ido menguando en la medida de que el texto legal las distribuya y no el capricho de algún soberano. Concluimos que el criterio de funciones retenidas y de funciones delegadas es cada vez más ajeno a la estructura y a las ideas fundamentales de la organización de un estado en el derecho moderno.

Propia, delegada arbitral, forzosa y prorrogada

Este criterio de clasificación es el adoptado por Castillo Larrañaga y De Pina:¹²¹

La jurisdicción se ha dividido por razón de su ejercicio en propia (conferida por la ley a los jueces y magistrados por razón del cargo que desempeñan); delegada arbitral (ejercida por encargo o comisión de quien la tiene propia); forzosa (que no puede ser prorrogada ni derogada); prorrogada (la atribuida a un juez o tribunal por voluntad de las partes de acuerdo con la ley, en cuyo caso lo que prorrogas es la competencia).

Esta clasificación recuerda un poco la jurisdicción retenida y jurisdicción delegada. Aparte, la denominación de jurisdicción delegada arbitral nos parece bastante confusa.

Acumulativa o preventiva y privativa

El fenómeno de la prevención será tratado con mayor amplitud cuando estudiemos los criterios para determinar la competencia objetiva.¹²² Como veremos entonces, la prevención es un criterio afinador de la competencia que, en principio, está conferida por la ley a dos o más órganos. El primero de ellos que llega a conocer del asunto excluye a los demás, competentes al principio pero que, por la prevención del primero que ha conocido, dejan de ser competentes. Por el contrario, la jurisdicción *privativa* es la que corresponde a determinado tribunal sin ninguna posibilidad de

¹²¹ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 56.

¹²² *Infra*, cap. 26.

prevención o de desplazamiento de dicha competencia para que la ejerza cualquier otro órgano judicial. Nótese cierto paralelismo entre la llamada *jurisdicción forzosa* del anterior criterio de clasificación y la denominada *jurisdicción privativa* que, como hemos indicado, es reconocida con carácter absoluto y exclusivo en determinado órgano judicial.

Concurrente

En el derecho mexicano llamamos *jurisdicción concurrente* a un fenómeno de atribución competencial *simultánea o concurrente*, a favor de autoridades judiciales federales y de autoridades judiciales locales. El supuesto está contemplado en la fracc. I-A del art. 104 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, el que ordena que tratándose de la aplicación de las leyes federales en casos que sólo afecten interés particular, pueden conocer, indistintamente, a elección del actor, los tribunales comunes de los estados o del Distrito Federal o bien los jueces de distrito que pertenecen al sistema judicial federal. Los autores que citamos¹²³ explican que "las demandas en juicio ordinario o ejecutivo mercantil, la aplicación de la *Ley de Quiebras* (actualmente *Ley de Concursos Mercantiles*), la de la *Ley de Sociedades*, etc., por ejemplo, pueden someterse indistintamente, a un juez de primera instancia civil o a un juez de distrito, porque la ley mercantil es federal".

En la práctica, esta posibilidad de elección es muy relativa porque, por regla general, el particular litigante actor acude a los tribunales del orden común y no a los jueces de distrito de carácter federal. La razón es que, sin existir un fundamento legal, los juzgados de distrito entorpecen el despacho de estos asuntos y *soto voce* "sugieren o aconsejan" a los litigantes que no los presenten ante los referidos juzgados de distrito, sino que se lleven ante los tribunales comunes, pues los juzgados de distrito "siempre tienen mucho trabajo". Ésta es una de tantas prácticas viciosas de nuestros sistemas judiciales, que no tiene ninguna justificación legal.

La llamada *jurisdicción concurrente* nos da la base para mencionar otra razón de conveniencia, no obstante la actitud de los juzgados de distrito, para entablar en muchos casos las acciones privadas en que deban aplicarse leyes federales ante dichos juzgados de distrito. Fundamentalmente en provincia, los tribunales del orden común suelen estar más expuestos a las presiones, influencias y consignas de los funcionarios de los gobiernos locales. Los jueces de distrito, por regla general, o al menos así deseamos que sea, no están supeditados a las autoridades políticas locales y cuentan con más autonomía y con mayor independencia para el desempeño de sus cometidos. De lo anterior deducimos que en muchos casos, cuando es necesario

¹²³ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 57.

entablar alguna acción en contra de alguna persona poderosa y relacionada con los círculos políticos o gubernamentales locales, parece más conveniente o menos desventajoso llevar el asunto ante los tribunales federales, es decir, ante los jueces de distrito, por las razones ya apuntadas.

Límites objetivos y subjetivos de la jurisdicción

La jurisdicción, como dijimos, es una función estatal, y hablar de sus límites es plantearnos el problema relativo de hasta dónde llega su alcance. Si la consideración es de tipo *objetivo*, nos referimos a los objetos abarcables por la función jurisdiccional y con los criterios que pueden comprender a esos objetos por lo que este enfoque nos lleva al problema de la *competencia*, o sea, al problema de los límites de la función jurisdiccional en razón de los objetos sobre los cuales recae esta función. Los límites subjetivos se enfocan en los sujetos de derecho sometidos a la función jurisdiccional. Por regla general, la jurisdicción del estado somete a todos los individuos que estén dentro del territorio del estado. En algunas ocasiones limitadas y excepcionales es posible hablar de una *extraterritorialidad* de la función jurisdiccional, como en el caso de la extradición.

La regla general es, pues, que todos los sujetos de derecho que estén dentro del territorio del estado son susceptibles de quedar sometidos a la referida función estatal. Sin embargo, hay dos excepciones a esta regla: la inmunidad jurisdiccional y el fuero.

La inmunidad de jurisdicción obedece a un principio de respeto a la soberanía de otros estados y es reconocida unánimemente

[...] a los Estados, como sujetos de derecho internacional, así como a los jefes de Estado y a los agentes diplomáticos en el exterior, aunque en cuanto a sus límites presentan problemas respecto a los cuales la uniformidad de criterios para resolverlos no se ha logrado [...] tiene la inmunidad de jurisdicción la naturaleza de una prerrogativa que impide a un Estado someter a otro, a sus jefes y agentes diplomáticos, a la jurisdicción de sus tribunales.¹²⁴

El fuero es una excepción relativa a la regla de sometimiento general de todas las personas a la función jurisdiccional y es una institución que nació como una defensa de ciertos cuerpos legislativos frente a los soberanos. Actualmente debe ser considerada una protección para que ciertos servidores públicos no sean sometidos a la jurisdicción. Nuestro sistema constitucional, en lo relativo a las responsabilidades de los servidores públicos, encuentra su base en los arts. 108-114 de la *Constitución Po-*

¹²⁴ *Ibid.*, p. 32.

Itica de los Estados Unidos Mexicanos. La ausencia de fuero es un mero requisito de procedibilidad, es decir, si existe, no puede procederse judicialmente en contra de determinado servidor público. Pero removido el fuero, queda la vía libre para someterlo a la jurisdicción. Aun en el caso de que la Cámara de Diputados niegue el desafuero, ello no prejuzga sobre la posibilidad posterior de someter al servidor público a la jurisdicción, cuando haya dejado de gozar del fuero respectivo.¹²⁵ Por otra parte, nos parece de gran importancia el contenido del art. 111 de la referida constitución, que dispone que en las demandas del orden civil entabladas contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia, lo que significa que en esta materia no hay fuero ni inmunidad para ningún servidor público. En los tiempos actuales y por efecto de la sabiduría popular, el fuero es sinónimo de prepotencia e impunidad, quizás porque se ha abusado del mismo, contrariando su sentido original. Es un lamentable desgaste de palabras que nacieron con un origen noble. El fuero surgió en las monarquías absolutas para proteger a los representantes populares que desde las tribunas de las cámaras atacaban al rey o a la nobleza. El sentido original de la institución quiso proteger a estos funcionarios para que pudieran desempeñar sus cargos libremente.

¹²⁵ Cfr. art. 111, párr. 2o., de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Entendemos por proceso un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo.

Más adelante haremos una breve referencia¹²⁶ a las principales teorías sobre la naturaleza jurídica del fenómeno procesal. Por ahora nos interesa destacar algunos aspectos de la definición de proceso que postulamos. También haremos una relación de algunas ideas que nos parecen íntimamente vinculadas con el concepto de proceso y con el concepto de derecho procesal, así como con una serie de cuestiones de suma importancia para el proceso mismo, como son su finalidad, causa, objeto, desarrollo, naturaleza, etcétera.

Creemos que el concepto de proceso es el resultado de una verdadera suma procesal, que se enuncia mediante la fórmula siguiente:

$$A + J + a \text{ terceros} = P$$

La fórmula anterior comprende para nosotros la suma procesal: la acción, más la jurisdicción, más la actividad de terceros, da como resultado el proceso. En realidad, el proceso jurisdiccional no es sino ese conjunto complejo de actos del estado, de las partes y de los terceros ajenos a la relación sustancial. Los actos del estado son ejercicio de jurisdicción. Los actos de las partes interesadas son acción, en el sentido de

¹²⁶ *Infra*, cap. 43.

la doble pertenencia de la misma, es decir, la acción entendida como la actividad realizada por el actor y por el demandado. Los actos de los terceros son actos de auxilio al juzgador o a las partes y que convergen junto con la jurisdicción y junto con la acción dentro del mismo proceso para llegar al fin lógico y normal de éste: la sentencia. Esos actos de los terceros pueden consistir en el testimonio de los testigos, en la ciencia de los peritos o en la ayuda, por ejemplo, de los secretarios y de los abogados que son auxiliares de la función jurisdiccional. La función que en el proceso desempeña el órgano jurisdiccional, así como el papel que toca desarrollar a las partes y a los auxiliares, serán motivo de nuestra atención en diversos capítulos de esta obra.¹²⁷

A los terceros, cuyos actos nos interesan en el proceso, los hemos calificado como ajenos a la relación sustancial, pues ésta sólo vincula a las partes mismas y, por tanto, la sentencia que se dicte en ese proceso no puede afectar a la esfera jurídica de esos terceros ajenos a la relación sustancial, como los testigos, los peritos, los particulares llamados al proceso por algún acto de auxilio, y los demás ayudantes y auxiliares del juez.

Si bien el proceso no es más que "un instrumento de satisfacción de pretensiones",¹²⁸ tal noción es insuficiente para caracterizar plenamente el proceso jurisdiccional, puesto que aparte del proceso hay otros medios de satisfacción de pretensiones. Por ello, definimos el proceso de esa manera.

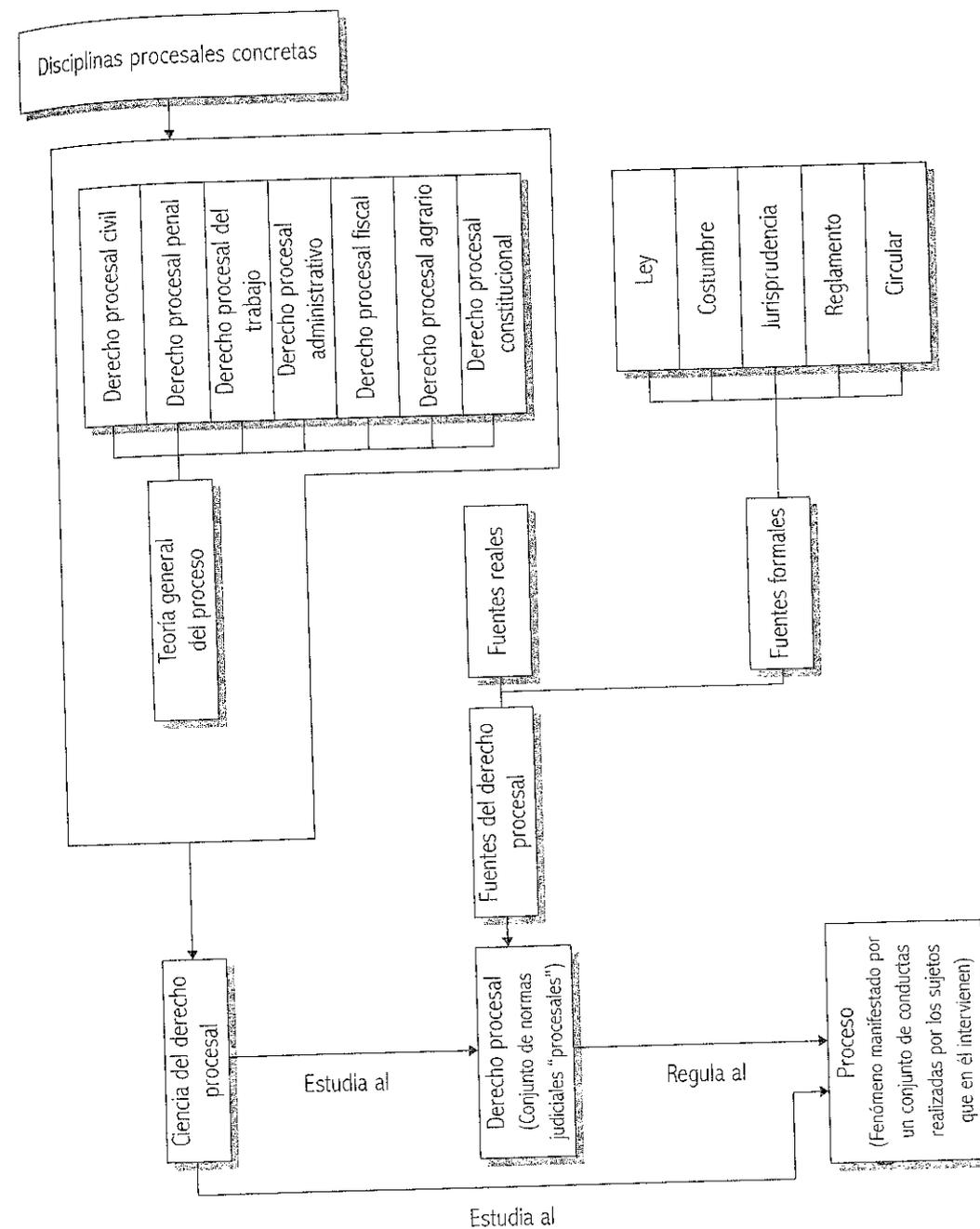
Creemos que es infructuosa toda pretensión de destacar la primacía lógica en los conceptos de proceso y derecho procesal. Es cierto que un sector mayoritario de la doctrina habla primero del concepto de proceso, para después definir el derecho procesal, pero no estamos de acuerdo con quien sostiene que "el camino para llegar a la definición del proceso tiene que ser una previa determinación de las características del derecho procesal".¹²⁹ En todo caso, hablar del proceso jurisdiccional como un fenómeno jurídico social y de las normas jurídicas que lo rigen, el derecho procesal positivo y de la rama de la ciencia jurídica que se ocupa precisamente de esas formas y de ese fenómeno sociojurídico, nos parece que es hacer referencia al mismo problema en su complejidad y en su diversidad. En otras palabras, la regulación normativa procesal, el fenómeno procesal mismo y la ciencia que estudia tanto a esa regulación como a ese fenómeno son parte de todo un complejo interdependiente en el cual se autoimplican esos tres elementos: fenómeno, regulación normativa y ciencia. Por otra parte, nuestra definición del proceso ha hecho referencia al fenómeno, pero a nuestro modo de ver, ubicado el fenómeno, tenemos también ubicadas a la regulación normativa y a la ciencia respectiva.

¹²⁷ *Infra*, caps. 29-38.

¹²⁸ Cfr. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

¹²⁹ José Lois Estévez, *op. cit.*, p. 41.

Cuadro 21.1. Los tres planos de lo jurídico.



En cuanto a las diversas preocupaciones doctrinales en torno a la finalidad, causa, objeto, desarrollo y naturaleza del proceso, creemos conveniente reiterar aquí algunas de esas ideas.

El proceso tiene como finalidad institucional la constancia en el orden jurídico; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento. Tiene como *causa* el no-orden; esto es, la interferencia; cosa evidente por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, en que reine el orden, arrebataremos al proceso toda razón de ser. Y finalmente, tiene por *objeto* la vuelta al orden, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración, ya al mover por la inminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, entre la causa y la finalidad, sirviendo de puente entre una y otra [...]

[...] refiriendo al proceso, estas ideas, entenderemos por su *objeto* el resultado inmediato que produce o, en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser normal si está de acuerdo con el objeto, o anormal (ilícita) en el caso contrario. Y *finalidad* será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomienda en definitiva sobre la sociedad [...] (el *objeto* es una parte esencial en la definición del proceso, los otros dos conceptos son muy útiles como auxiliares de la investigación, sobre todo con efectos argumentativos.¹³⁰

Alcalá-Zamora y Castillo alude a toda esta problemática procesal con tres interrogantes: "cómo es, qué es y para qué sirve, o dicho de otro modo: su desarrollo, su naturaleza y su finalidad"¹³¹ al *qué*, al *para qué* y al *cómo* del proceso, el mismo autor en la segunda edición de su obra, agrega el *quién*, el *cuándo* y el *dónde* del proceso, proponiendo un verdadero hexágono en torno al acto procesal que nos recuerda la otra idea del mismo Alcalá-Zamora y Castillo, el pentágono referido a los órganos judiciales y a sus titulares.¹³² El hexágono que rodea al acto procesal tiene los lados siguientes:

- | | |
|--------------------------|---------------------------------|
| • ¿Dónde? (espacio) | • ¿Quién? (sujeto) |
| • ¿Para qué? (finalidad) | • ¿Qué? (naturaleza) |
| • ¿Cuándo? (tiempo) | • ¿Cómo? (forma) ¹³³ |

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 26-27 y 55-56.

¹³¹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición...*, p. 104.

¹³² La idea del pentágono se examinará en el cap. 30.

¹³³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 108.



Figura 21.1. Hexágono procesal.

Etapas en que se divide el proceso: instrucción y juicio

En páginas anteriores¹³⁴ hemos sostenido que en todo proceso existe una secuencia u orden de etapas, desde su iniciación hasta el fin. Alcalá-Zamora y Castillo dice que "todo proceso arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia) de la que cabe derive un complemento (ejecución)".¹³⁵

En términos generales, la doctrina sólo ocasionalmente, y no con todo acierto, ha podido asentar que todo proceso se divide en dos grandes etapas y que éstas son las siguientes: *instrucción* y *juicio*. Nuestro punto de vista es que todo proceso contiene esas dos etapas o esos dos momentos. En este orden de ideas, no sería pues exacto que "existen procesos civiles con etapa de instrucción"¹³⁶ porque se está confundiendo lo que debe ser la instrucción con el proceso en que existe juez instructor. Es evidente que si en un determinado proceso existe un juez instructor entonces la etapa de la instrucción estará más acentuada y destacada. Pero, con juez o sin juez instructor, nosotros sostenemos la existencia de una etapa de instrucción, tanto en el proceso civil como en el proceso penal. Además, la instrucción que concebimos como etapa necesaria de todo proceso no es la que conocemos en el derecho mexicano con las denominaciones de *averiguación previa* o *instrucción previa*, sino la instrucción *intraprocesal*, es decir, aquella que se desenvuelve indudablemente dentro del proceso, por lo que la llamada *instrucción previa*, en oposición al plenario, en

¹³⁴ *Supra*, cap. 7.

¹³⁵ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *La teoría general del proceso...*, p. 24.

¹³⁶ *Cfr. ibid.*, p. 26 y nota 137 en p. 59.

el derecho procesal penal, no sería la instrucción a la que nos estamos refiriendo. En otras palabras, la instrucción o averiguación previa es una fase preprocesal desentrevuelta ante las autoridades estatales que tienen como atribución la persecución de los delitos y de los delincuentes. Esta instrucción es una instrucción policiaca mediante la cual los órganos de acusación deben reunir los elementos con los que den base o fundamentación al ulterior ejercicio de la acción penal ante un juez o ante un órgano judicial; pero no es sino hasta que ya se ha ejercido la acción por ese órgano de acusación cuando se abre la instrucción que nosotros pretendemos connotar como instrucción procesal. Y esta instrucción procesal, concebida en estos términos, se encuentra en todo tipo de procesos y engloba todos los actos procesales, tanto del tribunal como de las partes y de los terceros, y son actos por cuyo medio se fija el contenido del debate, se desarrolla toda la actividad probatoria y se formulan las conclusiones¹³⁷ o alegatos de las partes. Es decir, es toda una primera fase de preparación y por eso se llama *instrucción*, que permite al juez o tribunal concentrar todos los datos, elementos, pruebas, afirmaciones, negativas y deducciones de todos los sujetos interesados y terceros que, como se ha dicho, hacen posible que dicte la sentencia. Ese sentido se manifiesta en la frase "cierre de la instrucción", que en los procesos penales se usa en tales términos, y que equivaldría, en los procesos civiles, al momento de citación para sentencia. En otras palabras, la primera gran fase de instrucción es aquella en la que las partes exponen sus pretensiones, resistencias y defensas, y en que las partes, el tribunal y los terceros desenvuelven toda la actividad de información y de instrucción al tribunal, haciendo posible que éste tenga preparado todo el material necesario para dictar sentencia. Así, se llega a la segunda etapa o parte del proceso, que es el juicio y que entraña el procedimiento a través del cual se dicta o pronuncia la resolución respectiva. Como puede verse, la existencia de estas dos etapas, de instrucción y de juicio, no sólo se aplican a los procesos penal¹³⁸ y civil, sino a todos los demás: administrativo, fiscal, del trabajo, constitucional, etc. En síntesis:

Etapas de la instrucción

Postulatoria
 Probatoria
 Preconclusiva

(de alegatos o conclusiones de las partes)

Juicio: etapa en que se pronuncia o dicta la sentencia

¹³⁷ En la doctrina y legislación penales, la fase preconclusiva (de conclusiones) ha sido ubicada dentro de la etapa del juicio.

¹³⁸ Art. 1o., fraccs. III-IV del Código Federal de Procedimientos Penales.

Etapa postulatoria

En esta etapa, las partes en el proceso plantean sus pretensiones y resistencias, relatan los hechos, exponen lo que conviene a sus intereses y aducen los fundamentos de derecho que consideran les son favorables. Por regla general, termina cuando ha quedado determinada la materia sobre la cual habrá de probarse, alegarse y sentenciarse.

Etapa probatoria

Esta etapa se desenvuelve en los cuatro momentos siguientes:

- Ofrecimiento de la prueba
- Admisión de la prueba
- Preparación de la prueba
- Desahogo de la prueba

El *ofrecimiento* es un acto de las partes. Son las partes las que ofrecen al tribunal los diversos medios de prueba: documental, testimonial, confesional de la contraparte, etc. En este ofrecimiento la parte *relaciona la prueba* con los hechos y las pretensiones o defensas que haya aducido.

La *admisión* es un acto del tribunal por el que se acepta o declara procedente la recepción del medio de prueba que se ha considerado idóneo para acreditar el hecho o para verificar la afirmación o negativa de la parte con el hecho. El tribunal puede rechazar o no admitir los medios de prueba en varios supuestos: si las pruebas se ofrecen fuera de los plazos legales o bien cuando no son idóneas para probar lo que la parte pretende.

La *preparación* consiste en el conjunto de actos que debe realizar el tribunal, con la colaboración muchas veces de las propias partes y de los auxiliares del propio tribunal. Por ejemplo, citar a las partes o a los testigos o peritos para el desahogo de determinada prueba, fijar fecha y hora para determinada diligencia, etcétera.

El *desahogo de la prueba* es el desarrollo o desenvolvimiento mismo de ésta. Así, si se trata de la prueba confesional, el desahogo consiste en el desarrollo y desenvolvimiento de las preguntas y respuestas respectivas frente al tribunal, que las debe ir calificando. Existen pruebas que, por su naturaleza, tienen un desahogo automático o que se desahogan por sí mismas, como las documentales, las cuales, en la mayoría de los casos, basta exhibir.

Cuando se han agotado estas cuatro fases: ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de las pruebas, concluye la etapa probatoria y se pasa a la preconclusiva. La valorización de la prueba no pertenece, como podría parecer a primera

vista, a la etapa probatoria, ya que esta evaluación, este grado de convicción de los elementos probatorios, debe desenvolverse en la sentencia, o sea, en la segunda etapa del proceso que hemos denominado *juicio*.

Etapa preconclusiva

En los procesos civiles las partes formulan sus *alegatos*; en el proceso penal, la acusación presenta sus *conclusiones acusatorias* y la defensa presenta sus *conclusiones absolutorias*. Los alegatos o conclusiones son una serie de consideraciones y de razonamientos que la parte hace al juez precisamente respecto del resultado de las dos etapas ya transcurridas, a saber: la *postulatoria* y la *probatoria*. Es decir, la parte recalca al tribunal qué es lo que ella y su contraria han afirmado, negado, aceptado, etc., y qué extremos de esas afirmaciones y de esas pretensiones, así como de resistencias, han quedado acreditados mediante las pruebas rendidas. En virtud de esa relación, entre las afirmaciones y la prueba, le adelanta al juez, claro que en tono de petición, cuál debe ser el sentido de la sentencia. Por ello, puede considerarse que un alegato o conclusión representa un verdadero proyecto de sentencia favorable a la parte que lo está formulando.

La etapa *del juicio* puede ser larga o corta y simple o complicada. El acto por el cual el tribunal dicta la sentencia, puede no revestir mayor formalidad ni complicación de procedimiento. Por ejemplo, en procesos con tendencia hacia la oralidad, como es el caso del juicio oral en materia civil, el juez puede pronunciar su sentencia en la misma audiencia, una vez que las partes han alegado. En este proceso, la segunda etapa, o sea, la de juicio, es sumamente simple y sólo se vuelve más compleja en los casos en que los órganos judiciales de instrucción y los de decisión son diferentes, porque, entonces, un juez cierra la instrucción y manda el expediente a otro juez, el juez jurisdicente.¹³⁹ También reviste mayor problemática el *juicio*, como segunda etapa del proceso, en el caso de los tribunales colegiados o pluripersonales, en los cuales uno de los miembros suele ser el *ponente* o relator, o sea, el que debe presentar a los otros miembros del tribunal un proyecto de sentencia o resolución. Es fácil observar que en estos últimos casos el procedimiento para dictar la sentencia puede llegar a ser bastante complejo y formar una etapa demasiado larga.¹⁴⁰

En los tribunales de composición colegiada o pluripersonal, lo normal es que la instrucción se lleve ante un solo juez, porque sería problemático y difícil desarrollarla ante varios. Generalmente, cuando el asunto está listo para resolverse, es decir, cuando se cierra la instrucción, entonces el asunto se turna al miembro del

¹³⁹ *Supra*, cap. 14.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

tribunal que será ponente o relator para que formule el proyecto de resolución y lo lleve a una junta o sesión en la que el proyecto se discute y se somete a la votación de los miembros del tribunal. Si el proyecto es aprobado por la unanimidad o por la mayoría de los miembros, se convierte en sentencia; si apenas lo acepta una minoría, se considera rechazado y deberá formularse un nuevo proyecto que recoja la opinión de las mayorías.

Teorías sobre la acción. Enunciación

Ha quedado ya precisado¹⁴¹ que el concepto de acción es uno de los fundamentales de la ciencia procesal y que no existe unanimidad de criterios acerca de dicho concepto, es decir, en lo relativo a lo que debe entenderse por acción. El concepto de acción es, pues, una preocupación fundamental de todos los procesalistas, y es en torno a este concepto como surge la ciencia procesal moderna que se edifica sobre un concepto autónomo de la acción. Hay dos tipos de doctrinas o de tendencias que tratan de dar respuesta al interrogante sobre lo que es la acción: la teoría clásica (monolítica) y las teorías modernas o de la autonomía de la acción.

La *teoría clásica* es monolítica en el sentido de que no tiene variantes. Se llama *clásica* porque viene del derecho romano, de la concepción que los romanos tenían de la acción, la que identificaban con el derecho sustantivo. La clásica definición de Celso de que la acción es el "derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido", completada con la adición posterior de los glosadores, dejó la definición en los siguientes términos: La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece, que parece resumir de forma cabal la esencia de esta posición clásica. La adición de los glosadores fue para incluir los derechos reales.

Esta identificación de la acción con el derecho sustantivo o de fondo propició que desde Roma hasta el siglo XIX, las acciones fueran una parte del estudio de las disciplinas sustantivas. Lo que permite la emancipación y autonomía de la ciencia procesal es la afirmación de que la acción sea algo distinto y diverso del derecho

¹⁴¹ *Supra*, caps. 18-19.

sustantivo. Esta idea, sostenida con variantes, presenta como las cinco principales teorías modernas a las que en seguida nos referiremos:

- Teoría de la acción como tutela concreta
- Teoría de la acción como derecho a la jurisdicción
- Teoría de la acción como derecho potestativo
- Teoría de la acción como derecho abstracto de obrar
- Teoría de la acción como instancia proyectiva

Teoría de la acción como tutela concreta

Las teorías modernas de la acción, al aparecer, hacen al mismo tiempo surgir la ciencia procesal. Es decir, el procesalismo científico nace cuando se comienzan a sostener posiciones que preconizan la autonomía de la acción.

La elaboración del nuevo concepto de acción arranca del estudio de Windscheid referido a la *actio* romana y su polémica con Teodoro Muther, que contribuyeron a la diferenciación entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción, como derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso.¹⁴²

La obra de Windscheid, *La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno*,

[...] constituye el punto de arranque de las nuevas doctrinas procesales. Lo que nace de la violación de un derecho, dice Windscheid, no es un derecho de accionar, como afirmaba Savigny, sino una *pretensión* contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se la hace valer en juicio [...] a esa dirección personal o tendencia a someter la voluntad de otro, Windscheid, designa con la palabra *Anspruch*, que ha sido traducida por *pretensión jurídica* [...] la acción sería entonces la *pretensión jurídica deducida en juicio* [...] como lo advierte Chiovenda..., en esa época existía en Alemania una doble terminología: la *actio* y *klage*. La *actio* romana no era sino el derecho mismo, concebido como potestad inmanente al derecho de reaccionar contra su violación, o como el derecho en su tendencia a la actuación, un derecho que nace de la violación del derecho. La *klage* (*klagerecht*, derecho de accionar) era un concepto creado por los juristas medievales, sin realidad en el derecho romano ni en el moderno, y constituía un derecho contra el Estado (querrela, queja), tendiente a provocar la actividad del poder público.¹⁴³

¹⁴² Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 149.

¹⁴³ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1963, t. I, pp. 309-310.

La polémica Windscheid-Muther es muy sutil y de detalle:

Contrariamente a lo afirmado por Windscheid de que la acción no era sino la pretensión deducida en juicio contra el demandado, Muther en su libro *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*, concibe la acción como un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. La acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque esté condicionada por el derecho subjetivo, es independiente de éste y su regulación corresponde al derecho público... siguiendo a Muther pero apartándose de él en ciertos aspectos, Wach en su *Manual de derecho procesal* y luego en su trabajo *La acción de declaración*, considera a la acción como un derecho autónomo contra el Estado y frente al demandado. De allí sus caracteres: es un derecho público al que corresponde por parte del Estado la obligación de dispensar la "tutela de derecho", pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario: la acción corresponde "a quien tiene derecho" a una sentencia favorable (teoría de la acción concreta).¹⁴⁴

Teoría de la acción como derecho a la jurisdicción

Dentro de esta posición se estima que la acción es un acto provocatorio de la jurisdicción. Aunque esta corriente se encuentra en el pensamiento de muchos procesalistas, es seguramente Eduardo J. Couture uno de los exponentes más destacados. Distingue este autor¹⁴⁵ entre los conceptos de *derecho*, *pretensión* y *acción*, y define la acción como

[...] el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción, la acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal, existe aun cuando no se ejerza efectivamente.

Concluye Couture¹⁴⁶ que la acción es una forma característica del derecho de petición, es decir, como un derecho de pedir "ante todas y cualesquiera autoridades", sin que haya razón para que el poder judicial quede excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición.

¹⁴⁴ *Ibid.*, t. I, pp. 311-312.

¹⁴⁵ Eduardo J. Couture, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 74-75.

Esta opinión de la acción como derecho a la jurisdicción también la encontramos, en cierta forma, en Hugo Alsina,¹⁴⁷ quien establece que:

[...] si concebimos la acción como un derecho contra el Estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal: la que tiene sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia, a quien lo merezca (actor o demandado); en tanto que el demandado será el sujeto pasivo de la pretensión fundada en la relación sustancial [...] la acción tiene como fundamento una doble pretensión: por una parte, una pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son los sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica mediante la sentencia; por la otra, esa pretensión dirigida contra el demandado, a fin de que éste cumpla la prestación a que se obligó o para que se declare la inexistencia de una obligación, y para que en su caso el Estado actúe coactivamente para la satisfacción del derecho.

Teoría de la acción como derecho potestativo

Esta tesis de la acción como un derecho potestativo es de Chiovenda y se deriva de su definición de acción como "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional". Para examinar los puntos más importantes de esta concepción acudimos también a la obra de Alsina,¹⁴⁸ quien al considerarla expone que en muchos casos es indispensable para la actuación de la norma, es decir, para la intervención del órgano jurisdiccional, la existencia de una manifestación de voluntad del particular, porque el tribunal no actúa de oficio, y al modo de expresar esa voluntad se designa con el nombre de *acción*. La acción, para Chiovenda, es un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a los cuales no corresponde una obligación, porque el sujeto a quien está dirigido dicho poder jurídico no es deudor de una prestación ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita. Ejemplos de derechos potestativos son: el poder del donante de revocar la donación; del vendedor con pacto de retroventa, de retrotraer la propiedad; del propietario, de constituirse en condómino del muro medianero; del condómino de hacer cesar el condominio; del mandante, de revocar el mandato; etc. Así, mediante la acción, el demandado queda sujeto, aun contra su voluntad, a la actuación de la ley, que es lo que particulariza la función jurisdiccional. La acción se caracteriza, entonces, como un

¹⁴⁷ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 335.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 315-321.

derecho contra el adversario y frente al estado, y por cuyo medio el órgano jurisdiccional sustituye la actividad del actor para la protección de su derecho y a la del demandado, en su caso, para el cumplimiento de su obligación. En esta teoría la acción se concibe como un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede a quien tiene razón.

Como indica Alsina, se han enderezado muchas críticas contra la teoría de Chiovenda. Las principales se fundan en los supuestos siguientes:

1. La sujeción del demandado por virtud de la acción no depende de ésta, sino del acto o providencia del juez. La acción es entonces un derecho al medio y no al fin (Carnelutti).
2. Esta teoría es la consecuencia de estudiar el proceso solamente desde el punto de vista del actor que tiene razón, pero no debe perderse de vista que el proceso no es un instrumento que el actor maneje a voluntad, y el resultado final de ejercicio de esa acción dependerá de múltiples circunstancias que se irán dando a través del desarrollo del proceso (Liebman).
3. La teoría importa un retroceso en el camino de evolución de la ciencia procesal, pues contradice el concepto de autonomía de la acción al hacer depender la existencia de ésta de la violación de un derecho, y no estando la acción dirigida contra el estado, no adquiere el carácter de derecho público (Rocco).
4. Refiere Alsina que también ha sido controvertido el carácter potestativo de la acción, haciendo notar que el cambio de situación jurídica del demandado no deriva del ejercicio de la acción sino de la sentencia del juez (Heinitz).

Teoría de la acción como derecho abstracto de obrar

Esta teoría es de gran significación porque representa el punto culminante del desenvolvimiento de la ciencia procesal. Así, si la primera teoría, o sea, la de la tutela concreta, aparece frente a las posiciones tradicionales como pálida y débil, esta posición tiene caracteres de mayor intensidad y de una radicalidad definida. Esta posición se proyecta desde el siglo XIX con el autor Degenkolb, así como ya después en el siglo XX con autores como Liebman, Alfredo Rocco y Ugo Rocco. De forma curiosa cabe destacar que Ludovico Mortara, no obstante ser un autor italiano del siglo XIX,

[...] marcha por la senda de Plotz y de Degenkolb y aporta a la doctrina de ellos algunas puntualizaciones interesantes. Mortara comienza por acoger dos conceptos de acción, uno de ellos amplio, de acuerdo con el cual la acción sería una relación de derecho público entre las dos partes y el juez, y otro, más restringido, como facultad de deducir la

demanda judicial. De esos dos conceptos o sentidos que Mortara le da a la palabra acción, el primero fue combatido en Italia, con argumentos convincentes [...], la doctrina de la relación jurídica procesal sirve para explicar la naturaleza del proceso, pero no propiamente la de la acción, entonces, de los dos conceptos de acción que da Mortara, el amplio como sinónimo de relación jurídica entre las partes y el restringido como facultad deducida de demanda judicial, el que hay que utilizar es el segundo [...] para que exista acción basta la simple afirmación de la violación del derecho privado, sin que sea necesario que esa afirmación sea de buena fe, con lo cual, con la doctrina de Mortara, encuentran plena explicación las demandas de carácter temerario, o de mala fe [además se puede referir] el concepto de pretensión a las dos partes [...] como la petición concreta que se formula ante un tribunal de justicia [...] Mortara dice que en el proceso no hay una sola pretensión, sino dos pretensiones, una positiva o atacante del actor y otra normalmente de signo contrario.¹⁴⁹

A nuestro entender esta teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar representa el punto máximo de autonomía de la acción. La acción es, en esta concepción, un derecho que se tiene para provocar la función jurisdiccional, con o sin fundamento. Se tiene derecho a una sentencia, independientemente de que sea favorable o desfavorable a los intereses de quien haya iniciado el proceso. En la tesis o teoría de la acción, en la cual ésta se considera una tutela concreta, se sostenía por el contrario el derecho a una sentencia favorable. En esta teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, a la que Alsina llama *teoría de la acción abstracta*,

[...] la acción es dada no sólo a quien tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez en demanda de una decisión sobre una pretensión; la acción, por consiguiente, puede ser deducida aun por quien esté equivocado y por ello es abstracta del fundamento de la demanda [...] los adversarios de esta teoría dicen que ella confunde el derecho de acción con la mera facultad jurídica de obrar; indudablemente para poder dar la razón a quien la tiene es necesario admitir que el que no tiene razón puede pedir que el juez declare si la tiene o no la tiene, pero en cualquier caso la acción tiene como fundamento una pretensión que, si prospera, hace que la acción sea admitida, y en caso contrario determina su rechazo.¹⁵⁰

En relación con la crítica transcrita, pensamos que no es exactamente la acción lo que se rechaza, sino la pretensión, porque, entendida esta tesis del derecho abstracto de obrar, en su justa proyección, la acción se limita a ser tanto la potestad como la actividad provocadora de una función jurisdiccional en abstracto, es decir, de una mera función jurisdiccional que persigue una sentencia, sin que sea dable,

¹⁴⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Notas tomadas...*, pp. 264-265.

¹⁵⁰ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 314.

en la acción por sí misma, predeterminar si el resultado de ella será o no favorable. Por otra parte, es mejor que exista, inclusive, una posibilidad de abusar de la acción, a que haya un criterio rígido limitante de su ejercicio, porque ello podría provocar que se cayera en la autotutela o en otras formas no convenientes de solución de la conflictiva social. En otras palabras, si se sanciona excesivamente el ejercicio de la acción cuando el actor se equivoca o se abusa de la misma, la colectividad o, más bien, algunos de sus miembros, podría llegar a atemorizarse y a no llevar sus controversias ante los órganos estatales de la jurisdicción. Sostener que sólo el poseedor del derecho de fondo puede accionar es un absurdo. Sólo el tribunal, hasta el momento de sentenciar, determina quién tiene la razón, quién tiene el derecho, quién tiene la verdad formalmente válida, con la circunstancia, además, de que es muy probable que el tribunal esté todavía equivocado en su decisión, lo que permite precisamente la posibilidad de abrir las vías impugnativas, o sea, interponer los recursos, porque muchas veces es otra instancia la que determina si existió o no el derecho. Pretender determinar su existencia y legitimar sólo a quienes tengan tal derecho para ejercitar la acción, es evidentemente absurdo. Por eso debe descartarse la práctica, muy frecuente en nuestros tribunales, de usar las frases "la acción se probó" o "la acción no se probó". En rigor, lo que se prueba o no se prueba es la fundamentación de la pretensión de la parte, en cuanto a que la actividad probatoria es de verificación entre las afirmaciones de las partes y los hechos fundatorios de los derechos y pretensiones o de las defensas y excepciones.

La acción como instancia proyectiva y las demás formas de instar

Entendemos por *instancia* una conducta del particular o sujeto de derecho frente al estado, frente a los órganos de autoridad, por la cual el particular o sujeto de derecho informa, pide, solicita o de cualquier forma excita o activa las funciones de estos órganos. "El acto jurídico denominado *instancia* tiene forzosamente como presupuesto el procedimiento [...] tener derecho de instar es [...] pretender algo de alguien en un procedimiento."¹⁵¹

Siguiendo el criterio de Briseño Sierra,¹⁵² señalamos las instancias siguientes:

- La petición
- La denuncia
- La querrela
- La queja
- El reacertamiento o recurso administrativo
- La acción

La petición

La petición es la forma de instar, o instancia, más simple y extendida, y consiste en una actitud por la cual el ciudadano o gobernado solicita algo del gobernante. El

¹⁵¹ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, pp. 171 y 211.

¹⁵² *Ibid.*, pp. 172-182.

derecho de petición está consagrado genéricamente por nuestro texto constitucional,¹⁵³ que establece la garantía de la respuesta a la petición formulada por escrito, de manera pacífica y respetuosa, limitando tal derecho en materia política sólo a los ciudadanos de la república. Por ello, si una autoridad no responde al gobernado, viola el derecho de petición.

Las peticiones se dividen en dos grandes grupos: las regladas y las no regladas. Las primeras son aquellas que están enmarcadas dentro de un cuadro institucional preestablecido; las segundas, son aquellas en las cuales el órgano de autoridad no está limitado por ninguna disposición y tiene un ámbito de discrecionalidad para contestarle al particular. En cuanto a las peticiones regladas, una vez que el gobernado ha cumplido los requisitos fijados por las mismas leyes, está facultado para exigir de la autoridad la resolución en el sentido de su petición, ya que ha cumplido, en el supuesto que exponemos, todos los requisitos legales. Si no obstante eso el órgano de autoridad se niega a contestar, es posible obligarlo para que respete el derecho de petición y dé respuesta debida al gobernado que pide, insta o solicita.

La denuncia

La denuncia puede ser considerada como una participación de conocimiento que da el particular a los órganos estatales. Quedan comprendidas en esta figura las informaciones que los gobernados proporcionen de hechos que pueden ser importantes para algunos aspectos de la administración pública. La denuncia tiene una importancia relevante en los campos del derecho penal y del derecho fiscal. La denuncia puede ser escrita o verbal y, en algunos casos, puede ser una denuncia interesada, en cuyo caso puede aparejarse con una petición. Estas denuncias interesadas se dan frecuentemente en derecho fiscal, porque al denunciante le pueden tocar algunas ventajas económicas por los resultados de la denuncia. En materia penal, en todos los delitos que se persiguen de oficio, la denuncia cumple también un papel de suma importancia, porque al participarse los hechos delictivos al ministerio público, éste echa a andar la maquinaria de averiguación penal para, si procede, ejercitar la acción penal.

La querrela

La querrela es una forma de instancia similar a la denuncia y también consiste en dar parte a la autoridad; es decir, es una participación calificada de conocimiento.

¹⁵³ Art. 80. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

El carácter calificado radica en que la querrela sólo puede ser hecha por la parte directamente afectada por los actos o hechos o interesada en los resultados que éstos produzcan y que van a ser objeto de la participación al órgano estatal. En materia penal, tiene una muy especial importancia la querrela porque numerosos delitos se persiguen precisamente a querrela de parte, como el estupro, el abuso de confianza, el adulterio (en las legislaciones que lo mantienen como figura delictiva), etc. La querrela se presenta ante el ministerio público y sólo la parte interesada está legitimada para presentarla. En el caso de la denuncia no es necesaria esta circunstancia, sino que puede denunciar cualquier persona aunque no esté directamente interesada ni se vea afectada por los hechos o actos materia de la participación de conocimiento. Además, en el caso de la denuncia, una vez hecha, se comienza a mover la maquinaria estatal, sin que el denunciante pueda hacer ya nada por detenerla. En cambio, en la querrela el gobernado sí está legitimado para presentarse nuevamente ante el órgano de autoridad y desistirse de la querrela, haciendo imposible el ulterior desenvolvimiento de la función o de la actividad estatal que había desencadenado.

La queja

Explica Briseño Sierra que "la queja tiene con la querrela la similitud de la pretensión sancionadora. Pero [...] en la queja se encuentra una disparidad [el sujeto pasivo es siempre] una autoridad o persona que actúa en una función pública".¹⁵⁴

Para nosotros, el campo de la llamada *queja* es idéntico al del reacertamiento o recurso administrativo, que veremos más adelante. En rigor, la queja se puede concebir como una instancia hecha ante el superior jerárquico para que imponga una sanción a un funcionario inferior por algún incumplimiento o falta. No estamos de acuerdo con Briseño en la opinión de que la queja esté reglamentada en los arts. 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, con el nombre de *amparo*.¹⁵⁵ El juicio de amparo, para nosotros, es mucho más que una simple queja y tiene la naturaleza de un genuino y verdadero proceso. Por tanto, en este sentido, también podrá hablarse de la *acción de amparo*, porque de otra suerte, la instancia en el juicio de amparo no sería acción ni tendría proyectividad, lo que es contradictorio con las mismas posiciones que el autor señala en otras partes de su obra. Limitamos, pues, la queja a una instancia ante el superior jerárquico de algún titular de órgano de autoridad, para que ese superior sancione la falta o incumplimiento del inferior.

¹⁵⁴ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, p. 176.

¹⁵⁵ *Cfr. ibid.*, p. 176.

El reacertamiento o recurso administrativo

El propio Briseño Sierra¹⁵⁶ expone que la pretensión envuelta en el reacertamiento persigue la revocación de un acto de autoridad y que, lo fundamental, es la conducta de reacertamiento, entendida aquella como el examen ulterior de un acertamiento, el que supone la operación de la autoridad que determina los hechos tipificados por una norma. El particular, al interponer el reacertamiento, sostiene una inadecuación entre el acto y la norma, lo cual amerita precisamente ese reacertamiento, o segundo acertamiento, para que, en caso de haber algún error, corregirlo. Briseño advierte que se conoce el reacertamiento con la denominación de *recurso administrativo*, lo que, sin embargo, no debe llevarnos a la equivocación de pensar que dicha figura sólo se ve en el campo del derecho administrativo, pues puede encontrar también en el campo procesal "ahí donde no hay necesidad o posibilidad del instar bilateral como sucede cuando la demanda es desechada o bien en los llamados *procedimientos de jurisdicción voluntaria*". Estamos de acuerdo en que existen instancias, como el caso del reacertamiento, que se dan en las tramitaciones judiciales, cuando éstas no entrañan la existencia de un genuino y verdadero proceso que debe tener como contenido un litigio.

La acción

La acción, al igual que la petición, la denuncia, la querrela, la queja y el reacertamiento, es una instancia. Sólo que la acción tiene una nota distintiva de las demás instancias, que es una instancia proyectiva:

La concepción dinámica del derecho, se basa en el establecimiento de una secuencia entre varias relaciones jurídicas eslabonadas en un orden lógico y cronológico [...] este sentido jurídico de la acción permite hablar de una proyectividad, pues la dirección del acto provocatorio lleva hasta un tercer sujeto, de manera que resultan finalmente vinculados tres: accionante, juez y reaccionante [...] acciona el actor cuando demanda, cuando prueba y alega, como acciona el demandado cuando prueba, cuando recurre, cuando contrademanda y alega de su reconvencción [...] ninguna acción va final y definitivamente al juez, el proveimiento de éste es una mediación, pero la acción se dirige, va directamente a la contraria [...] el proyectarse de la acción es propio de la hipótesis normativa que regula el proceso, porque el autor de la norma ha querido que tres sujetos colaboren en la graduación de una serie dinámica que progresa gradualmente desde la demanda hasta el auto que cita para oír sentencia.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 177 y 178.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 205 y 210.

De conformidad con las ideas de Briseño Sierra anteriormente expuestas, encontramos que en todas las otras instancias desde la petición hasta el recurso administrativo, la relación entre el gobernado y la autoridad es siempre lineal. En la acción, como instancia proyectiva, esa relación deja de ser lineal porque surge de un gobernado, asciende hasta el órgano estatal jurisdiccional, que es el juez y desciende hacia un tercer sujeto al que liga y vincula. En esto radica para nosotros la esencia de la proyectividad; y es que el acto provocatorio de la función jurisdiccional, es decir, la acción, es precisamente una instancia proyectiva, ya que no se queda ni se detiene en el órgano judicial, sino que se proyecta hacia un tercer sujeto, vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal. El esquema que aparece al final del capítulo representa la idea expuesta.

Un tema íntimamente relacionado con la proyectividad de la instancia que encontramos en la acción, es lo que se ha denominado la *dualidad de la pertenencia de la acción*.

Durante mucho tiempo se ha venido considerando que la acción la ejercita el actor, pero ya se va abriendo paso la corriente de que en realidad la acción tiene dos titulares y que la única diferencia que hay es de carácter cronológico, en el sentido de que el actor es quien primero acciona, pero también el demandado a través de la contestación de la demanda es accionante porque también se dirige al órgano jurisdiccional para recabar de él un pronunciamiento de fondo. Precisamente esta idea de la dualidad de pertenencia puesta de relieve por Carnelutti, y en Argentina por Podetti, explica una serie de instituciones procesales.¹⁵⁸

Entre esas cuestiones procesales cita Alcalá-Zamora y Castillo la promoción de cuestiones de competencia en virtud de la inhibitoria, la reconvencción o contrademanda, la necesidad de la aceptación del desistimiento del actor, por parte del demandado, prevista en el art. 34 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*; la acción impugnativa, que puede ser ejercitada por el actor y por el demandado y, finalmente, el fenómeno llamado de la apelación adhesiva o adhesión a la apelación. En todos los casos anteriores, es indudable que la titularidad del accionar, entendido éste en su más amplia acepción, pertenece tanto al actor como al demandado.

¹⁵⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Notas tomadas...*, p. 312.

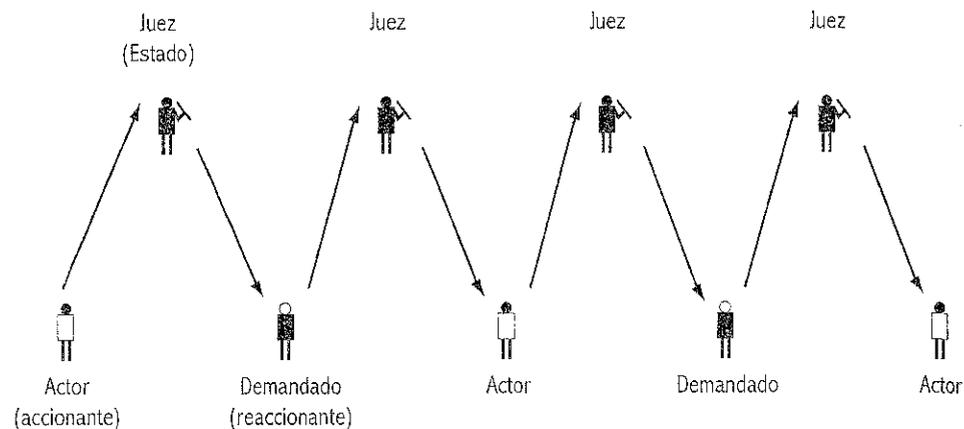


Figura 24.1. Teoría de la acción como instancia proyectiva.

25

Las funciones estatales. Enunciación y diferenciación. Distinción entre la jurisdicción, la administración y la legislación

Las funciones del estado y su idea correlativa, la división de poderes, han sido estudiadas desde la antigüedad:

Las funciones se ejercen por medio de los órganos del Estado, que son esferas de competencia determinada, es decir, el fin sólo puede realizarse o llevarse a la práctica por medio de las funciones [...] El poder del Estado es uno aunque exista una diversidad de funciones. Cuando se habla de un poder en particular, como el legislativo, el ejecutivo o el judicial, con ello se quiere indicar cómo se manifiesta el poder del Estado para realizar sus fines. Estamos en presencia de competencias, que nos plantean el problema de su distinción y distribución. En resumen la idea de función alude al sentido dinámico del Estado, al ejercicio de una actividad orientada al cumplimiento de sus fines.¹⁵⁹

En otro sentido, que no es discordante con estas reflexiones, también puede afirmarse que el poder es el órgano o conjunto de órganos de autoridad que desempeña las funciones del estado. Los conceptos de función y poder son correlativos y se implican uno al otro, porque la función es la actividad soberana del estado en el desarrollo de los fines propios del mismo y el poder es el órgano o conjunto de órganos que desempeñan o desenvuelven dichas funciones.

Las funciones del Estado fueron consideradas por Aristóteles después de un severo análisis de más de ciento cincuenta tipos de gobierno de su época. El notable filósofo afirma en su política, que en todo Estado son esenciales los órganos deliberativos, los

¹⁵⁹ Andrés Serra Rojas, *Ciencia política*, Instituto Mexicano de Cultura, México, 1971, t. I, p. 470.

órganos de la magistratura y los órganos judiciales. En siglos posteriores otros autores como Tomás de Aquino y Maquiavelo hacen referencia a la necesidad de separar el poder ejecutivo del legislativo. Uno de los iniciadores de la teoría de la división de poderes fue John Locke en su obra *Essay on civil government* aparecida en 1690 [...] Sin duda, con Montesquieu llegamos al principal exponente de una teoría sistemática de la separación de poderes, expuesta en el libro XL de su célebre libro *L'esprit des lois* [...] A pesar de su indiscutible valor y de su positiva influencia, la teoría de Montesquieu ha sido objeto de una constante revisión motivada principalmente por las grandes concentraciones de poder de este siglo. En la hora presente no es aconsejable ni prudente encerrarse en una doctrina que a todas luces es insostenible.¹⁶⁰

De cualquier forma, toda la teoría relativa a las funciones estatales y los poderes que éstas desempeñan, ha girado en torno a tres funciones: legislativa, ejecutiva o administrativa y jurisdiccional.

Aunque la división de poderes, o más bien, la división de funciones, no pueda tener hoy en día un sentido radical, porque presenta múltiples excepciones y derogaciones, como veremos más adelante, también es necesario considerar que la evolución política de la humanidad hace que se piense en la posibilidad de que la actividad del estado "no puede limitarse a sólo tres funciones que serían legislar, administrar y juzgar [...] hablar de tripartición es mantener un criterio anacrónico e infundado contradicho por la experiencia y el sistema positivo".¹⁶¹

Se ha sostenido que las funciones básicas del estado son la legislativa y la ejecutiva y se ha pretendido asimilar la jurisdiccional a esta última. Veremos más adelante que tal simplificación no es posible.

En otros casos "se han ampliado a cuatro funciones que son la función legislativa, la gubernativa, la administrativa y la jurisdiccional [...] La constitución china vigente considera cinco las funciones esenciales del estado porque además de las tres funciones tradicionales adiciona el poder o función de control, y el poder o función de examen".¹⁶²

En la realidad no es exacto que cada poder se limite a las funciones tradicionalmente propias, sino que invade funciones que en cierta medida le son ajenas, y éste podría ser el caso de la invasión o desvío del poder. El poder ejecutivo moderno, sobre todo en los regímenes de tipo presidencialista, como el nuestro, está desorbitado e invade con mucha frecuencia funciones de tipo legislativo y también jurisdiccionales. Es verdad que también el poder legislativo y el poder judicial actúan en esferas que tradicionalmente no les corresponden, pero en menor medida al poder ejecutivo, porque éste tiene el control político y el económico.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 471-473.

¹⁶¹ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. I, p. 274.

¹⁶² Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, t. I, p. 474.

En el cuadro 25.1 se aprecian mejor los ejemplos de las funciones propias de cada poder y de las otras funciones impropias que, sin embargo, también realiza.

Nótese que normalmente el ejecutivo desarrolla funciones administrativas, el legislativo funciones legislativas y el judicial funciones jurisdiccionales. Sin embargo, tenemos los casos de ejercicio ejecutivo de funciones legislativa y jurisdiccional; de ejercicio legislativo de las funciones administrativa y jurisdiccional, y de ejercicio judicial de las funciones administrativa y legislativa. Hemos marcado esos casos con las letras mayúsculas A, B, C, D, E y F. Vamos a hacer un breve análisis de esos casos de ejercicio de funciones distintas a la propia o peculiar, desempeñadas por cada uno de los tres poderes.

Función legislativa desempeñada por el poder ejecutivo. Encontramos este caso cuando el poder ejecutivo expide reglamentos. El reglamento tiene una jerarquía inferior que la ley, y en muchos casos debe completarla y adecuarla para su aplicación, pero la estructura material del reglamento es idéntica a la estructura de la ley. En ambos casos se trata de actos de naturaleza legislativa y, por eso, cuando el poder ejecutivo reglamenta, en rigor está legislando, aunque sus actos legislativos tengan menor jerarquía que los emanados del propio poder legislativo.

Función jurisdiccional desempeñada por el ejecutivo. Diversos órganos que pertenecen disciplinaria y orgánicamente al poder ejecutivo realizan funciones jurisdiccionales. Los casos más evidentes en nuestro sistema jurídico son las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que son tribunales de derecho del trabajo, así como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (antes Tribunal Fiscal de la Federación) y, en el Distrito Federal, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Independientemente de estos casos, que implican el ejercicio de una genuina jurisdicción por órganos del poder ejecutivo estructurados como genuinos y verdaderos tribunales, haremos de examinar más adelante algunos ejemplos y casos de procedimientos paraprocesales¹⁶³ que se desenvuelven ante autoridades ajenas al poder judicial y carecen, incluso desde un ángulo formal, de apariencia o estructura de tribunales. Sin embargo, sus procedimientos y sus soluciones tienen tendencia procesal, y presentan, al mismo tiempo, una fuerte influencia proveniente de los procedimientos y de las soluciones genuinamente procesales. Es decir, dichos procedimientos vienen a ser la aplicación de criterios y de los principios procesales, así como de ciertas formas y actuaciones propias del proceso, a zonas que ya no son estrictamente procesales. Muchos de estos procedimientos se desenvuelven simplemente ante el jefe o el director de alguna oficina de tipo estrictamente administrativo.

¹⁶³ *Infra*, cap. 56.

Cuadro 25.1. División de poderes y funciones.

Poderes	Funciones	
Ejecutivo	Administrativa	
	Legislativa	A
	Jurisdiccional	B
Legislativo	Legislativa	
	Administrativa	C
	Jurisdiccional	D
Judicial	Jurisdiccional	
	Administrativa	E
	Legislativa	F

Función administrativa desempeñada por el poder legislativo. Los órganos legislativos, las cámaras o el Congreso desarrollan necesariamente una serie de actividades que son de naturaleza administrativa; por ejemplo, al hacer adquisiciones, al nombrar empleados, al comprar materiales como papel o máquinas de escribir, al contratar servicios o adquirir libros, digamos, para la biblioteca del Congreso. También las autorizaciones para que los ciudadanos mexicanos puedan recibir y usar distinciones y condecoraciones de gobiernos extranjeros, así como los permisos que el presidente de la república debe solicitar para ausentarse del país. Todos estos actos son de naturaleza administrativa y son realizados por el poder legislativo.

Función jurisdiccional desempeñada por el poder legislativo. El poder legislativo puede llegar a ejercer funciones jurisdiccionales, tal es el caso del juicio político, contemplado en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,¹⁶⁴ en los casos de las responsabilidades de los servidores públicos, para lo cual se erige como órgano de acusación la Cámara de Diputados y como jurado de sentencia la Cámara de Senadores. Estas funciones realizadas por el poder legislativo conforme a las normas constitucionales citadas son de carácter estrictamente jurisdiccional.

Función administrativa desempeñada por el poder judicial. Al igual que el poder legislativo, también el poder judicial desempeña una serie de funciones de tipo administrativo cuando contrata servicios, realiza adquisiciones, arrenda locales, etc. Ejemplo evidente en los últimos años es el de las diversas tareas que desempeñan los consejos de la judicatura.

¹⁶⁴ Arts. 109-111.

Función legislativa desempeñada por el poder judicial. El poder judicial también llega a desarrollar funciones de tipo legislativo cuando, por ejemplo, dicta un reglamento para el funcionamiento de los propios órganos judiciales o, también en nuestro sistema, cuando emite jurisprudencia. La jurisprudencia entendida como reiteración de criterios judiciales es, a nuestro criterio, un acto de naturaleza genuinamente legislativa y, aunque formalmente la jurisprudencia sea diversa del acto legislativo en cuanto a sus características materiales o esenciales tiene las mismas peculiaridades de generalidad y abstracción que presenta el acto legislativo y, en tal virtud, materialmente considerada la jurisprudencia, es un acto de carácter legislativo.

Hay dos criterios para distinguir las diversas funciones estatales, a efecto de identificarlas como administrativas, legislativas o jurisdiccionales: el formal y el material. El formal toma en cuenta únicamente al órgano del cual emana la función. Así, todas las funciones del ejecutivo serán administrativas, todas las funciones del poder legislativo serán legislativas y todas las funciones del poder judicial serán jurisdiccionales. Como se ve, la distinción de funciones con base en el criterio formal es simplista y no resuelve esencialmente el problema.

El criterio material atiende a la esencia o naturaleza intrínseca de la función o del acto, independientemente de la autoridad de la cual emanen. El criterio material va al fondo o a la esencia de la cuestión.

Por lo demás, ambos criterios se aplican a diversas cuestiones científicas, culturales, artísticas, etc. En todo hay siempre una apariencia exterior (forma) que oculta lo interior, lo esencial o interno (fondo). Un proverbio, o más bien dos proverbios contrapuestos ilustran esta dualidad de la forma y del fondo. En efecto, tenemos estos dos proverbios: *el hábito hace al monje* y su antítesis *el hábito no hace al monje*. ¿Cuál es el verdadero? El primero, o sea, el que sostiene que el hábito hace al monje, hace prevalecer el aspecto formal o externo sobre el aspecto interno o sustancial. El segundo, el hábito no hace al monje, pone mayor énfasis en el aspecto esencial y fundamental y no en el aspecto formal, externo o de apariencia. Con todo, puede haber un equilibrio y una correspondencia entre los aspectos formales y los aspectos materiales, y esto sucedería, ejemplificando en el caso del monje, si algún sujeto trae los hábitos de monje encima, pero además de llevar los hábitos es también un genuino y verdadero monje.

En el aspecto de las funciones del estado, también se puede presentar una correspondencia o equilibrio entre lo formal y lo material. Si un poder realiza la función que le corresponde, coinciden forma y fondo, porque la función por sus caracteres intrínsecos y esenciales será ya legislativa, administrativa o jurisdiccional. Además, el órgano respectivo también será, de forma correspondiente, poder legislativo, ejecutivo o judicial. Pero si una autoridad o poder no realiza solamente sus funciones propias, se rompe el equilibrio entre la forma y el fondo. Por ejemplo,

cuando el ejecutivo expide un reglamento, sólo desde el punto de vista formal es un acto administrativo, porque desde el punto de vista material es un acto legislativo. Por ejemplo, si el poder legislativo expide una ley, coinciden forma y fondo: en este caso, tanto desde el punto de vista formal como material, el acto es legislativo.

De todo lo anterior deducimos que el único camino para encontrar las diferencias, las peculiaridades y la distinción entre los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales es el proporcionado por el criterio material, que señala las características que diferencian a dichos actos estatales.

La distinción entre el acto legislativo, por una parte, y los actos administrativos y jurisdiccionales, por otra, no presenta mayores problemas y es la más fácil de establecerse. Así, se señalan como características del acto legislativo la generalidad, abstracción, impersonalidad, carácter innovador. Al acto administrativo y al jurisdiccional se les atribuyen como características notas opuestas a las anteriores, o sea, los rasgos de particularidad, concreción, personalidad y carácter meramente aplicativo o declarativo.

En este sentido Calamandrei¹⁶⁵ expresa que la ley se distingue del acto jurisdiccional por los caracteres de generalidad, abstracción y novedad, y que frente a estos caracteres se pueden señalar al acto jurisdiccional (y también al administrativo, pensamos nosotros) rasgos contrapuestos, es decir, los caracteres de especial, concreto, declarativo.

Precisar el significado de las notas anteriores atribuidas a los actos del estado no ofrece mayor problema. Así, la abstracción del acto legislativo frente a la concreción del acto jurisdiccional y del administrativo implica que aquél se refiere a la simple y pura estructuración de supuestos, mientras que éstos aluden a situaciones reales acaecidas en el mundo del tiempo y del espacio, y a las consecuencias, también fácticas, que corresponden a esos actos al aplicárseles la ley. Y es que los actos jurisdiccional y administrativo son fundamentalmente actos de aplicación de la norma. El acto legislativo es general e impersonal. Por las mismas razones, no se refiere a ninguna situación concreta ni tampoco a ninguna persona; en cambio, los actos jurisdiccional y administrativo se refieren a casos concretos y particulares y a personas determinadas. Entonces, si el acto legislativo es innovador porque crea normas jurídicas, los actos jurisdiccional y administrativo son meramente de aplicación de las normas y no de creación de éstas.

En síntesis, la diferenciación entre el acto legislativo y los actos jurisdiccionales y administrativos no presenta mayor dificultad. El problema arduo está en encontrar la distinción entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional, a grado tal que

¹⁶⁵ P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1962, t. I, p. 187.

sectores de la doctrina han llegado a postular que no existe diferencia alguna entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo y sostienen que ambos tienen la misma naturaleza: la de actos aplicadores de la ley:

No hay problema en que reine mayor confusión y en que aparezcan más divergencias que el de la definición del acto jurisdiccional. En primer término, su misma existencia, en cuanto acto jurídico que tiene naturaleza propia, está discutida. Después, aquellos que le reconocen esta existencia distinta desde el punto de vista material, se forman de él las ideas más diversas y, para caracterizarlo, recurren a criterios harto diferentes. Finalmente, si las dificultades son mucho menores cuando lo examinamos en el aspecto formal, aun desde este punto de vista su definición no es del todo fácil.¹⁶⁶

Lampué, en su afán de justificar la distinción del acto jurisdiccional respecto de los otros actos del estado, desarrolla una brillante exposición en la que examina tanto el criterio material como el formal de distinción del acto jurisdiccional, y al hablar del criterio material enuncia una definición según el objeto, según el fin y según la estructura del acto jurisdiccional. Por lo que atañe al criterio formal, examina los problemas de definición del acto jurisdiccional, en cuanto a la autoridad de que emana, en cuanto a su procedimiento y en cuanto a la fuerza que se le atribuye.

A nuestro entender, el error fundamental de la preocupación por distinguir el acto jurisdiccional de los demás actos estatales ha consistido en aferrarse a una sola característica. No es ninguno de los rasgos que se le atribuyen al acto jurisdiccional, ya sea desde los ángulos formal o material, lo que da con plenitud su esencia y su naturaleza. Por ello, nos adherimos a la idea de que "el concepto de jurisdicción no se puede elaborar a base de un solo rasgo o requisito, sino de una concurrencia o confluencia de varios",¹⁶⁷ lo que Alcalá-Zamora y Castillo denomina el *enfoque pluralista* para determinar la naturaleza y la esencia del acto jurisdiccional.

No debemos olvidar que "cuando se trata de distinguir científicamente la jurisdicción de las otras funciones del estado, se tiene sólo en cuenta la jurisdicción concurrenciosa".¹⁶⁸ Nosotros seguiremos este criterio para atribuir al acto jurisdiccional las diferencias fundamentales que opinamos que lo distinguen definitivamente del acto administrativo.

- a) La función jurisdiccional debe ser provocada o excitada, mientras que la función administrativa no necesita un estímulo y se desenvuelve por sí misma.

¹⁶⁶ Pedro Lampué, *La noción del acto jurisdiccional*, trad. Jesús Toral Moreno, Jus, México, 1947, p. 7. Véase la edición de Pierre Lampué, *Noción de acto jurisdiccional*, Jurídica Universitaria, México, 2001.

¹⁶⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *La teoría general del proceso y la enseñanza...*, p. 44, nota 177.

¹⁶⁸ David Lascano, "Jurisdicción y proceso", *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, EDIAR, Buenos Aires, p. 376.

- b) La jurisdicción implica necesariamente una estructura triangular, entre el estado, por una parte, y los dos contendientes por la otra. En la función administrativa esa relación es lineal entre el estado y el gobernado. La relación triangular de la función jurisdiccional y la relación lineal de la función administrativa están representadas en la figura 25.1.
- c) La jurisdicción siempre recae sobre una controversia o litigio. La administración no siempre recae sobre una controversia o litigio.

Al impugnarse estas características como distintivas del acto jurisdiccional, las objeciones se dan de forma aislada. Por ejemplo, se argumenta que en muchos casos también la función administrativa debe incitarse; que en variadas ocasiones la relación del estado con los gobernados también es triangular en el ejercicio de ciertas funciones de tipo administrativo, y que en otros casos la función administrativa dirime o resuelve controversias. Tomadas superficialmente tales objeciones, parecería que queda cancelada o al menos debilitada toda pretensión de distinguir la función jurisdiccional de la función administrativa. Es cierto que en algunas ocasiones la función administrativa debe ser incitada, que en otras las relaciones puedan tener cierta triangularidad y que también es posible que la función administrativa dirima controversias, no es menos cierto que cuando un acto estatal reúna las tres características apuntadas, estamos frente a un acto de esencia jurisdiccional, con independencia del órgano que lo desempeñe.

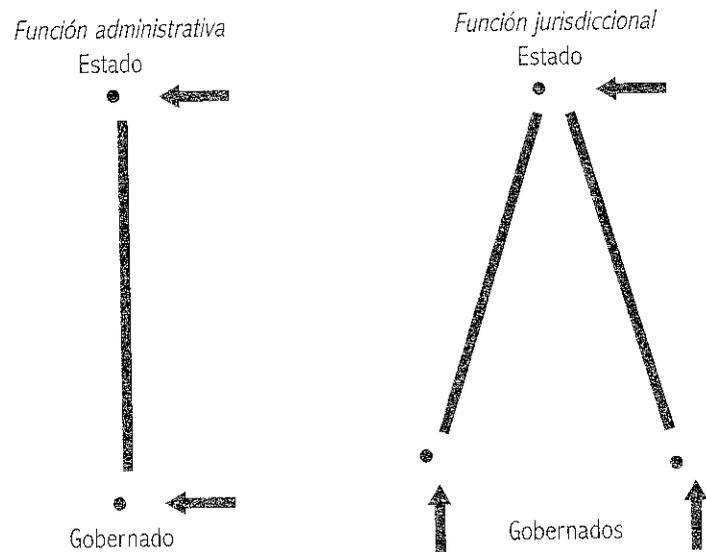


Figura 25.1. Relaciones lineal y triangular.

Si un acto estatal tiene que ser provocado, origina una relación triangular y, si está destinado a dirimir o resolver un litigio o controversia entre partes, estamos frente a un acto jurisdiccional.

De acuerdo con todas las reflexiones hechas hasta aquí, estamos en posibilidades de señalar en el acto jurisdiccional las siguientes notas, que en conjunto lo caracterizan definitivamente y nos permiten afirmar que el acto jurisdiccional es:

1. Concreto
2. Particular
3. Personalizado
4. Declarativo o de aplicación
5. Necesita que el gobernado lo excite ante los órganos estatales
6. Establece siempre una relación triangular entre el estado y los dos sujetos contendientes
7. Está destinado a dirimir o resolver un litigio o controversia mediante la aplicación de una ley general al caso particular controvertido.

Por su parte, Alcalá-Zamora¹⁶⁹ explicó que la doctrina señala como características o notas distintivas entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional, las siguientes:

<i>Acto jurisdiccional</i>	<i>Acto administrativo</i>
El acto jurisdiccional se caracteriza por su legalidad, su rigor y su sujeción a una norma determinada.	El acto administrativo se caracteriza por el ámbito de discrecionalidad con que la autoridad se desenvuelve.
La función jurisdiccional es autónoma, porque los jueces son independientes.	Por su parte, los órganos administrativos son dependientes y no autónomos.
El acto jurisdiccional tiene un procedimiento preestablecido con un mínimo de garantías.	Por el contrario, el acto administrativo no cuenta con un procedimiento preestablecido.
En el acto jurisdiccional es primero la decisión y después la ejecución.	En el acto administrativo, primero es la ejecución y después la decisión.
El acto jurisdiccional persigue la cosa juzgada.	El acto administrativo no persigue la cosa juzgada.
La función jurisdiccional tiene como finalidad la restauración del orden jurídico perturbado.	
El fin de la función jurisdiccional es la tutela del derecho subjetivo.	
La finalidad de la función jurisdiccional es la realización del derecho objetivo.	

¹⁶⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Notas tomadas...*, pp. 184-199.

Alcalá-Zamora se encarga de criticar varias de las notas señaladas en el cuadro anterior. Por ejemplo, no es exacto que la discrecionalidad sea una nota exclusiva de la función administrativa, puesto que es dable encontrarla también en la función jurisdiccional. Además, en el derecho administrativo es muy conocida la distinción entre actos reglados y actos no reglados, lo que implica entonces que en la función administrativa también priva el principio de legalidad. En igual sentido puede enfocarse el carácter de autonomía de los órganos judiciales y de no autonomía de los órganos administrativos, porque en la realidad es frecuente encontrar dichas notas cambiadas y enfrentarnos a órganos jurisdiccionales dependientes y a órganos administrativos independientes. Otro tanto podría decirse de lo relativo al procedimiento preestablecido, pues hay casos de actos jurisdiccionales sin procedimiento establecido. Alcalá-Zamora menciona el caso del gran jurado en México, estatuido hasta 1982 en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, para juzgar las faltas y delitos de los altos funcionarios que, antes de la promulgación de la ley respectiva de 1940, posibilitaba la aparición de actos jurisdiccionales con un procedimiento no preestablecido.

Por otro lado, es evidente que muchos procedimientos administrativos sí tienen un preestablecimiento en la ley. La decisión como fase previa a la ejecución, no es privativa de todos los casos de función jurisdiccional en cuanto se invierten tales etapas, por ejemplo, en el juicio ejecutivo, y tampoco es exacto que la función administrativa siempre tenga una fase preliminar de ejecución y una posterior de decisión. Uno de los argumentos más fuertes parece ser el de la cosa juzgada.

Esta tesis se vincula con la obra de un gran administrativista francés Gastón Jeze. Jeze estimó que lo característico de la jurisdicción era la obtención de una sentencia con autoridad de cosa juzgada [...] ello es tan evidente que dos grandes procesalistas alemanes que en otras direcciones marchan por derroteros completamente distintos, hasta antagónicos podríamos decir, como son Wach y Goldschmidt coinciden precisamente en ese punto, en el de considerar que la meta o la finalidad del proceso estriba en la obtención de una sentencia con autoridad de cosa juzgada.¹⁷⁰

Las tres últimas características del acto jurisdiccional no se oponen al acto administrativo, sino a posiciones doctrinales que quieren encontrar la distinción del acto jurisdiccional en determinado rasgo o característica especial. Así, por ejemplo, la restauración del orden jurídico perturbado es cierta en muchos casos, no en todos. Presupone siempre el incumplimiento de una obligación o una lesión social que la función jurisdiccional vendría a componer o a restablecer, como sucede en las acciones de condena; sin embargo, quedarían fuera todas las sentencias absolutorias o desestimatorias en las que

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 193.

[...] no ha habido perturbación del orden jurídico por parte del demandado y al no haber perturbación del orden jurídico no se puede hablar de restauración [...] en realidad en cierto sentido también, cuando la acción ejercitada en vez de ser de condena es declarativa o es constitutiva, la idea de restauración del orden jurídico o no existe o tiene un carácter muy especial, aun siendo la sentencia de carácter estimatorio.¹⁷¹

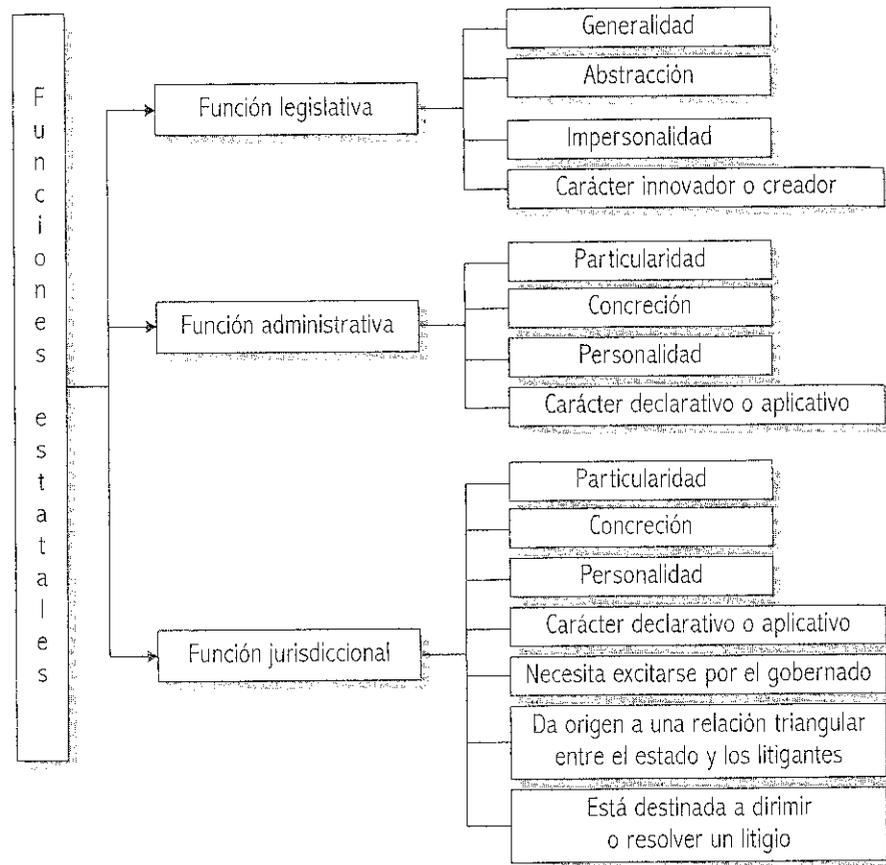
Las dos últimas cuestiones son tesis contrapuestas: lo relativo a si la función jurisdiccional tutela al derecho subjetivo o implica la realización del derecho objetivo. En este planteamiento hay un hondo carácter ideológico, porque es indudable que una tendencia individualista y liberal se pronuncia por la primera solución, en tanto que las posiciones ideológicas de signo o rasgo opuesto prefieren la idea de que el proceso y la jurisdicción realizan el derecho objetivo. Asumiendo una posición ecléctica, Alsina dice que "el proceso presta un servicio al particular en cuanto le permite obtener del estado la protección de un interés individual; y al mismo tiempo presta un servicio al estado en cuanto le proporciona la oportunidad de satisfacer el interés colectivo en el mantenimiento del orden jurídico".¹⁷²

En el cuadro siguiente se ofrece un esquema de las características principales de cada función.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 198.

¹⁷² Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 334.

Cuadro 25.2. Características principales de las funciones estatales.



26

Competencia en sentido lato y en sentido estricto. Competencias objetiva y subjetiva

El tema de la competencia no es exclusivo del derecho procesal, sino que remite a todo el derecho público. Por tanto, en un *sentido lato* la competencia se define como el ámbito, la esfera o el campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar válidamente sus atribuciones y funciones.

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*¹⁷³ establece que "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente". Esta referencia a la autoridad competente engloba a cualquiera de sus tipos: legislativa, administrativa o judicial. El gobernado tiene la garantía de que los actos de molestia para él deben provenir siempre de una autoridad competente, una que debe actuar en ese ámbito, esfera o campo dentro del cual puede desarrollar válidamente sus atribuciones y funciones. Es el texto legal el que determina, marca o limita el ámbito competencial de cada órgano.

En sentido *estricto*, la competencia se refiere al órgano jurisdiccional. Así, la competencia jurisdiccional es la que primordialmente nos interesa desde el punto de vista procesal. "La competencia es, en realidad la medida del poder o facultad otorgado a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto."¹⁷⁴ Es decir, es el ámbito, esfera o campo dentro de los cuales un determinado órgano jurisdiccional puede ejercer sus funciones.

¹⁷³ Art. 16.

¹⁷⁴ R. de Pina y José Castillo L., *op. cit.*, 4a. ed., p. 68.

"Jurisdicción y competencia no son conceptos sinónimos. No obstante suelen, a veces, ser confundidos."¹⁷⁵ Esta confusión se origina quizá en la íntima relación que priva entre los dos conceptos. Sin embargo, la jurisdicción es una función del estado, mientras que la competencia es el límite de esa función, su ámbito de validez.

Comúnmente, determinado órgano jurisdiccional tiene jurisdicción y competencia, pero también puede darse el caso de la competencia sin jurisdicción, por ejemplo cuando el juez es competente pero no ha conocido del caso, es decir, no ha habido todavía ejercicio de la acción (juez competente potencialmente). También puede haber ejercicio de jurisdicción sin competencia, en el supuesto del juez que actúa fuera de sus atribuciones (juez incompetente).

La competencia jurisdiccional tiene dos dimensiones o manifestaciones: la competencia objetiva y la competencia subjetiva.

La competencia genuina es la objetiva porque se refiere al órgano jurisdiccional, con abstracción de quien sea su titular en ese momento. La competencia subjetiva no alude a dicho órgano jurisdiccional sino a su titular, a la persona o a las personas físicas encargadas del desenvolvimiento, del desempeño de las funciones del órgano.

Por ejemplo, si el sujeto A fue hasta ayer el juez del juzgado primero de lo civil y desde ahora el sujeto B es el nuevo titular, la competencia objetiva no ha variado porque el órgano no ha cambiado. Si el problema es de competencia subjetiva, el titular actual es distinto del titular anterior y si el primero es competente subjetivamente, el segundo quizá no lo sea, o viceversa.

Examinaremos primero las cuestiones atinentes a la competencia objetiva, la competencia referida al órgano jurisdiccional. Tradicionalmente se ha hablado de cuatro criterios para determinar la competencia objetiva: la materia, el grado, el territorio y la cuantía o importancia del asunto. A los anteriores se suelen agregar el turno y la prevención.

Además de los anteriores criterios para determinar la competencia objetiva de los órganos jurisdiccionales, cabe hacer mención de una serie de fenómenos modificadores de las reglas formales de la competencia:

Tanto la competencia jerárquica como la competencia territorial [...], pueden ser modificadas en virtud de circunstancias que determinan la conveniencia del proceso ante un juez distinto del que de lo contrario habría de seguirlo. Tales circunstancias son de tres órdenes: a) pendencia de otro proceso respecto de la misma litis; b) conexión de la litis o del negocio con uno o varios otros deferidos a un juez distinto; c) acuerdo de las partes para encomendar la litis a un juez distinto.¹⁷⁶

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 67.

¹⁷⁶ Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1959, pp. 235-236.

Los tres supuestos que examina Carnelutti no son los únicos, porque hay otros casos que no son ni de litispendencia, ni de conexidad ni de mero acuerdo de las partes; sin embargo, ahí la ley modifica las reglas normales de la competencia o las deroga, por razones de conveniencia. Así, los juicios que en nuestro sistema reciben la denominación de *atractivos*, lo son en función de la competencia, porque atraen los asuntos accesorios o relacionados hacia el juez que conoce de esos juicios o procedimientos atractivos que, por regla general, son juicios o tramitaciones de tipo universal, como los concursos de acreedores o los juicios sucesorios.

Vamos a examinar con más detalle estos criterios de determinación de la competencia.

Competencia por materia

Este criterio competencial surge como consecuencia de la complejidad y especialización de la vida social moderna, que entraña la necesidad de una división del trabajo jurisdiccional. Cuando los lugares son pequeños, tranquilos, sin movimientos sociales y económicos considerables, entonces el órgano judicial puede ser mixto y conocer tanto de las cuestiones civiles como de las penales. Cuando el lugar crece, la primera especialización que aparece es la de los jueces competentes en materia civil y la de los jueces competentes en materia penal. De ahí en adelante, surgen una serie de especializaciones judiciales, que no son otra cosa que diversos ámbitos o esferas de competencia jurisdiccional, que dependen de la aparición de nuevas ramas jurídicas y de la estructura del régimen político, del lugar en donde dicha función jurisdiccional se desenvuelva. En un régimen federal como el nuestro, los órganos judiciales federales surgen frente a los órganos judiciales comunes o locales y, por otro lado, aparecen tribunales del trabajo, administrativos, fiscales, militares, de derecho burocrático, agrarios, etc. Es, pues, ésta, la división de la competencia en función de la materia, es decir, en función de las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para dirimir o solucionar la controversia, conflicto o litigio, presentado a la consideración del órgano respectivo.

Competencia por grado

Este criterio presupone los diversos escalones o instancias del proceso y trae aparejada la cuestión relativa a la división jerárquica de los órganos que desempeñan la función jurisdiccional. Así, la primera instancia se lleva ante jueces de primer grado y la segunda ante jueces de apelación o de segundo grado. El problema de la competencia gira en torno del grado o instancia del tribunal ante el cual se promueve.

El tribunal de primera instancia no puede conocer asuntos de segunda y viceversa. Sin embargo, en esta competencia puede darse el fenómeno llamado de *prórroga competencial de grado*, el cual consiste en que un asunto sale de la primera instancia por una apelación, sin que haya terminado su proceso ahí, pues no se llegó a la sentencia. Ya en sede de segunda instancia, y al resolverse la cuestión incidental que la apelación respectiva suponía, las partes, de común acuerdo, pactan que el asunto ya no regrese a la primera instancia y continúe en la segunda hasta llegar a la sentencia.¹⁷⁷ Este aspecto dispositivo del proceso sólo se comprende y acepta en aquellos procesos en los cuales no se afecta el interés ni el orden públicos y en los que las partes tienen la libre disposición de sus derechos procesales.

Competencia por territorio

La competencia de los órganos judiciales en función del territorio implica una división geográfica del trabajo por circunstancias y factores de tipo geográfico, demográfico, económico y social. En virtud de disposición constitucional,¹⁷⁸ el territorio de la república se divide, por razones administrativas, en municipios; pero esta división municipal no corresponde a la división del trabajo judicial, porque se hacen reagrupamientos de varios municipios. En todos los estados de la federación, estas circunscripciones territoriales están fijadas en las leyes orgánicas de los poderes judiciales respectivos y reciben diversas denominaciones: *partidos judiciales*, *fracciones judiciales* o *distritos judiciales*. La cabecera del partido, distrito o fracción se encuentra situada en la población más importante y mejor comunicada del grupo de municipios que integran dicho partido, distrito o fracción. Más adelante, al tratar lo relativo a los principios a los que responde la organización judicial en los estados de la república,¹⁷⁹ se hará una referencia a estos criterios de división territorial del trabajo judicial.

Todas las leyes orgánicas de los poderes judiciales determinan con detalle el número de partidos o distritos, sus denominaciones, los municipios que comprenden, etc. Una de las primeras preguntas que se hace el abogado cuando está por plantear un nuevo asunto ante los tribunales es ésta: ¿Qué juez es el competente para conocer de este asunto? Las reglas que lo determinan se encuentran en los códigos de procedimientos.¹⁸⁰

Debe hacerse aquí referencia al fenómeno denominado *prórroga de la competencia territorial*, el cual también es un fenómeno negocial o de disposición del proceso

¹⁷⁷ Art. 149 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹⁷⁸ Art. 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁹ *Infra*, cap. 32.

¹⁸⁰ *Cfr.* art. 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

por las partes y que consiste en un sometimiento anticipado de las referidas partes, mediante un pacto, a un juez distinto del que normalmente debiera de conocer el asunto. Por ejemplo, digamos que es juez competente según las reglas procesales, para determinado asunto, el de la ciudad de Guadalajara; sin embargo, las partes pueden pactar que en caso de conflicto, renuncian a que el proceso lo conozca ese juez y se someten expresamente al juez de la ciudad de Veracruz. Estaríamos frente al fenómeno de la prórroga de la competencia territorial, el cual sólo puede darse en asuntos privados, que no afecten al interés ni al orden públicos, y en los que las partes tengan la libre disposición de sus derechos, es decir, en asuntos de materia familiar, como el divorcio. Por regla general, en materia penal no puede concebirse la prórroga competencial.

Finalmente, en cuanto a la competencia territorial, debe decirse que existen órganos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tienen competencia sobre todo el territorio de la república. En un orden jerárquico descendente, encontramos órganos judiciales que sólo tienen esa competencia territorial en un pequeño municipio o delegación de policía y son los jueces de mínima cuantía o importancia, también denominados en nuestros sistemas *jueces de paz*.

Competencia por cuantía o importancia del asunto

Como decíamos, casi en todos los sistemas judiciales se han creado órganos para conocer de asuntos de poca monta, como los pleitos entre vecinos o los litigios de mercado, que plantean cuestiones de poca importancia económica y de otra índole. También es característico de estos tribunales que sus procedimientos no se someten a formalidades rígidas ni a trámites dilatados y complicados. Se procura que el proceso sea rápido, barato. En muchos casos, el juez actúa como amigable componedor y se comporta más como un juez de equidad que de derecho. A estos tribunales se les llama de diferente manera: *juzgados municipales*, *juzgados de paz*, *juzgados menores*, *juzgados de poca importancia*, *juzgados de cuantía menor*. En la ciudad de México, la regla es que en materia civil, de los juicios contenciosos que versen sobre la propiedad o demás derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados dentro de su jurisdicción y que tengan valor de hasta tres mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y en los demás negocios de jurisdicción contenciosa común o concurrente cuyo monto no exceda de mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal (a excepción de los interdictos y de los asuntos que sean competencia de los jueces de lo familiar y de los jueces del arrendamiento inmobiliario), se resolverá ante los juzgados de paz.¹⁸¹

¹⁸¹ Art. 2o. del Título Especial, De la Justicia de Paz, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y art. 71 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Un fenómeno interesante es la pérdida de competencia de estos jueces cuando interviene un juez de mayor competencia. Supongamos, en el caso de las tercerías, que el juez de paz conoce de un asunto de su competencia pero al ejecutar, por ejemplo, al embargar, se afecta un bien, el cual un tercero alega que no es del demandado sino suyo; en tal virtud, viene a plantear una tercería excluyente de dominio,¹⁸² pero como el monto del bien reclamado en la tercería es mucho mayor que el límite de competencia del juez de paz, éste pierde su competencia y el asunto debe pasar a uno de primera instancia para que resuelva ambos casos. Aquí suele aplicarse la regla, respecto de la competencia de los dos jueces, de que el que puede lo más puede lo menos, pero el que puede lo menos no puede lo más. Este caso es un ejemplo interesante de modificación de la regla competencial por una causa sobrevinida.

El turno

El turno es un fenómeno de afinación de la competencia que se presenta cuando en el mismo lugar, en el mismo partido o distrito judicial o en la misma población existen dos o más jueces que tienen la misma competencia tanto por materia como por territorio, grado y cuantía. El turno es un sistema de distribución de los asuntos nuevos entre diversos órganos jurisdiccionales, ya sea en razón del orden de presentación de dichos asuntos o en razón de la fecha en la cual éstos se inician. En el Distrito Federal se determina que el mecanismo del turno se establecerá por orden numérico de conformidad con las reglas que expida el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.¹⁸³ Antes existía, por ejemplo, el turno en los juzgados penales. Así, solía decirse que cada día del año estaba de turno alguno de los juzgados penales en materia común. Ese juzgado en turno era el que recibía todas las consignaciones del ministerio público. Al efecto, se elaboraban unos calendarios en los cuales aparecían anticipadamente todos los días del año y el juzgado que recibiría los nuevos asuntos.

En la ciudad de México, por reforma publicada en el *Diario Oficial* del 27 de diciembre de 1983, se estableció el turno para los juzgados civiles y familiares. Actualmente se aplica también a los del arrendamiento inmobiliario y a los concursales. En muchas ciudades de la república, en las cuales hay dos o más jueces civiles, también existe el turno.

Si el turno se establece no por fechas, sino por orden de llegada de los asuntos, es claro que debe organizarse una oficialía de partes única para todos los juzgados, la

¹⁸² *Infra*, cap. 42.

¹⁸³ *Cfr.* art. 51 de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*.

que distribuirá los asuntos nuevos entre los juzgados en función del orden de presentación. Es de pensarse que el turno es un buen sistema de distribución del trabajo allí donde hay varios tribunales que tienen la misma competencia. Pero debe tenerse cuidado con las corrupciones administrativas a que puede dar lugar el sistema. El litigante interesado en que su asunto llegue a determinado juzgado, por que así le conviene, está dispuesto a realizar todo tipo de maniobras con el fin de lograr su propósito. El oficial de partes debe ser una persona enérgica e incorruptible, para que los asuntos vayan a dar al juzgado correspondiente por estricto orden de presentación. En la ciudad de México, el turno en materia penal se determinaba por la fecha en que el asunto se consignaba, lo que motivó prevaricación y desorden para escoger jueces o eludirlos, según conveniencias o corruptelas. Ello originó que se creara la Dirección de Turno de Consignaciones Penales en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, lo que evita que las partes influyan en la designación del juez al que toque el caso.

La prevención

También la prevención es un criterio afinador de la competencia y se presenta cuando existen dos o más tribunales que son igualmente competentes para el conocimiento de algún asunto. La prevención implica que el juez primero en conocer del asunto es el que determina a su favor la competencia, excluyendo a los restantes. Significa la aplicación, en materia judicial, del principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho. En el régimen procesal civil del Distrito Federal se hablaba antes de la reforma de diciembre de 1975 de la prevención para determinar la competencia en función de la ubicación de los bienes inmuebles, si éstos estaban comprendidos en dos o más partidos judiciales, o bien en el caso de los juicios hereditarios, cuando los bienes del autor de la herencia estuvieren ubicados en varios distritos. En ambos casos se resolvía el problema por el criterio de la prevención, o sea, del primer juez que conocía del asunto.¹⁸⁴

La competencia subjetiva

Como hemos dejado expuesto, la competencia subjetiva es la que se refiere a la persona física titular del órgano jurisdiccional. Todo órgano de autoridad debe tener un titular, una persona física que se ocupe de las funciones públicas. Las leyes establecen mecanismos para que a falta de funcionario público titular del órgano, otro

¹⁸⁴ Esta supresión del legislador del D. F. fue hecha con un criterio de avestruz.

venga a suplirlo para desempeñar sus funciones cuando aquél falta totalmente, o cuando, como en este caso, esté imposibilitado por razones legales para conocer de determinados asuntos. El juez debe ser imparcial, pues para que sea efectivo el principio procesal de igualdad de las partes ante el juzgador, éste no debe tener motivos de interés, simpatía, gratitud, ni reconocimiento, odio o amistad, con ninguna de las partes, porque de ser así, su sentencia y el trato que diere a los litigantes, podría inclinar la balanza de la decisión a favor o en contra de alguna de ellas. Por eso, el juez no debe tener en cuenta sino aquellos elementos, argumentos y pruebas que las partes le aporten para la decisión, y debe evitar y combatir toda animosidad en favor o en perjuicio de cualquiera de las partes.

En el contexto de la competencia subjetiva de los titulares de los órganos judiciales, deben examinarse los conceptos de impedimentos, excusa y recusación.

Los impedimentos

En la mayoría de los códigos procesales se encuentran consignados los impedimentos, que son situaciones o razones que la ley considera como circunstancias de hecho o de derecho que hacen presumir parcialidad del titular de un órgano jurisdiccional. Esto se refiere a los vínculos que pueda tener el juez con las partes, ya por ser enemigo, amigo, familiar, etc., de alguna de ellas. Como un ejemplo de enunciación de impedimentos, remitimos a la disposición relativa del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.¹⁸⁵

La excusa

El juez o titular de un órgano judicial, al conocer la existencia de un impedimento, está obligado por ley a excusarse, es decir, a dejar de conocer del asunto.

La recusación

Suele suceder que el juez no se percata de la existencia de un impedimento o percatándose prevarica y no se excusa. Entonces, cualquiera de las partes que se sienta amenazada por ese impedimento del juez, puede iniciar la recusación, la cual consiste en un expediente o trámite para que el juez impedido, que no se ha excusado, sea separado del conocimiento de ese asunto. Los superiores del juez impe-

¹⁸⁵ Art. 170 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

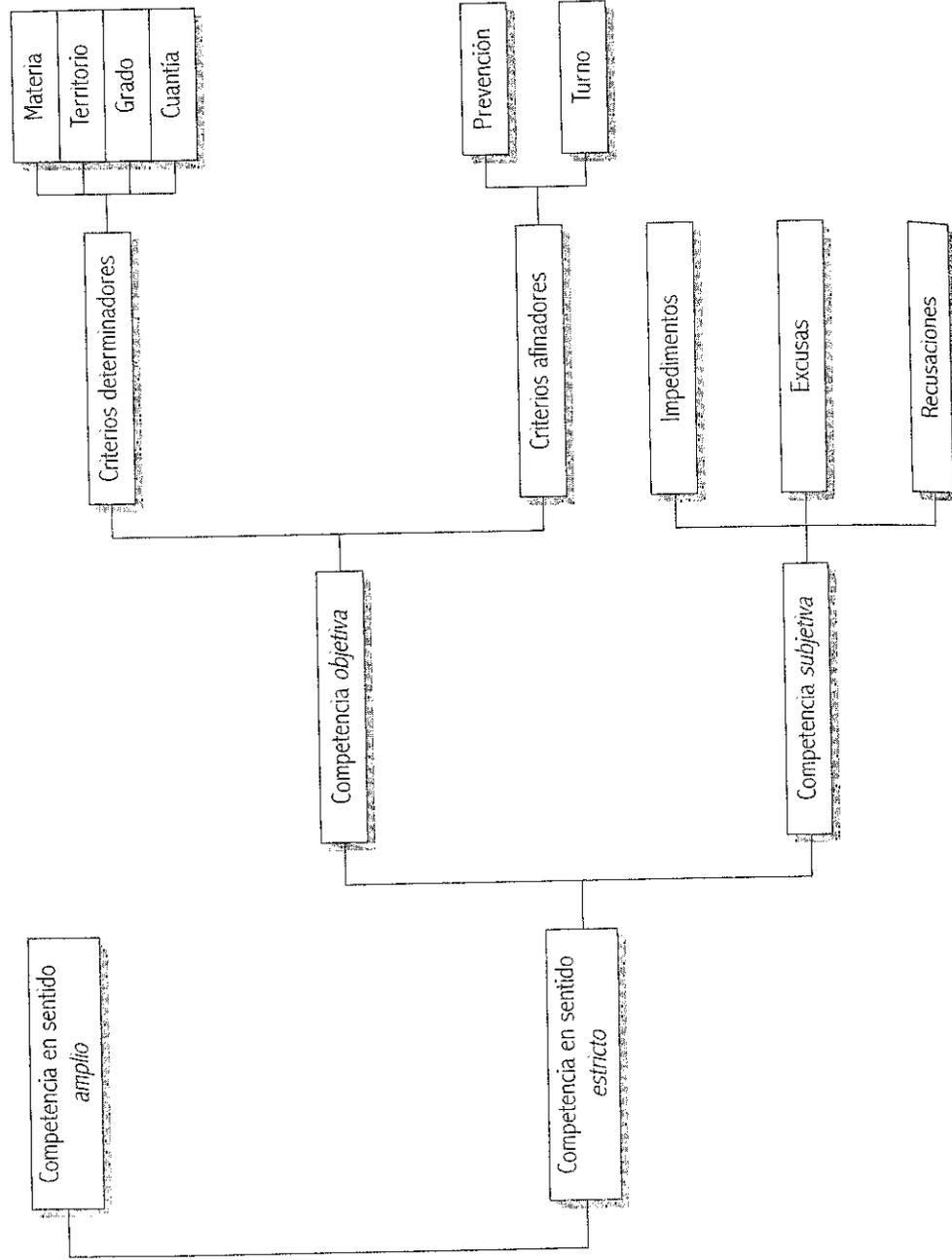
didado se ocupan del trámite. Desde luego, hablamos de la recusación con causa, en la que se expresa la existencia de un impedimento, que debe probarse ante el superior del juez. Al lado de esta recusación había surgido por reforma legislativa en el Distrito Federal, la recusación sin causa. Antes de ese resurgimiento, nos habíamos pronunciado abiertamente en contra de esta institución, pensando que tendía a desaparecer de las legislaciones procesales modernas y que sólo la encontrábamos, en nuestro país, incrustada en las legislaciones del siglo XIX, en códigos como el que antes estaba en vigor, o el ya vetusto y anacrónico *Código de Comercio*, cuya vigencia todavía soportamos.

Para nosotros, fervientes partidarios del proceso publicista, la supresión de la recusación sin causa es todo un acierto y son más atendibles las razones dadas para suprimirla, que para conservarla. Piénsese que en la gran mayoría de los casos [...] la recusación sin causa, se utiliza exclusivamente como un trámite dilatorio, para entorpecer el desenvolvimiento normal del proceso. Además, cabe reiterar aquí el muy viejo argumento de que quien recusa sin expresar la causa, pone en duda la honorabilidad y la imparcialidad del juzgador, ante los demás, y priva al juzgador de la más elemental defensa. Pero, sobre todo, e insistiendo, el proceso en su marcha, desenvolvimiento y finalidades, no es algo de lo cual las partes puedan disponer a su capricho y ésta es la razón fundamental por la que consideramos que, uno de los aciertos más sobresalientes del nuevo código [de Procedimientos Civiles de Zacatecas], es la supresión de la recusación sin causa.¹⁸⁶

La supresión, entonces, de la recusación sin causa, en virtud de las reformas del 27 de diciembre de 1983 al *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, constituye, a nuestro entender, un gran avance en este aspecto, pues restablece, además, el principio de igualdad entre las partes, ya que la recusación sin causa se había otorgado únicamente al demandado.

¹⁸⁶ Cipriano Gómez Lara, "El nuevo Código de Procedimientos Civiles del estado de Zacatecas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 65, enero-marzo de 1967, t. XVII, p. 65.

Cuadro 26.1. Competencias objetiva y subjetiva.



Conflictos de atribuciones. Noción y sistemas para resolverlos

Se ha denominado a estos conflictos de atribuciones *contiendas funcionales*, porque se trata del choque entre dos autoridades soberanas, una verdadera contienda entre dos órganos de autoridad, surgida en razón de sus funciones o de sus atribuciones. Tales conflictos pueden ser de carácter positivo, cuando dos o más órganos de autoridad reclaman para sí la competencia y el conocimiento sobre algún asunto. Son de carácter negativo si dos o más autoridades se niegan a aceptarse competentes para conocer de algún asunto. El conflicto de atribuciones no sólo se produce entre órganos jurisdiccionales, sino también entre autoridades pertenecientes a poderes distintos, como los que se suscitan entre una autoridad administrativa y una legislativa o entre una legislativa y una jurisdiccional, etcétera.

La existencia de distintas actividades estatales, cada una con una función específica, y la imposibilidad de trazar con toda precisión la línea divisoria que entre ellas debe existir, explica el nacimiento de conflictos jurisdiccionales cuando dos o más órganos del Estado pretenden intervenir en un mismo asunto o cuando dos o más órganos del Estado pretenden apartarse, respecto de un mismo asunto de su intervención en él. Por lo que toca a la jurisdicción civil (y a otras jurisdicciones diversas), ésta puede contender con órganos no jurisdiccionales: Conflictos de atribución propiamente dichos, o con órganos jurisdiccionales, pero pertenecientes a otro orden de la jurisdicción: Conflictos de jurisdicción propiamente dichos también.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Jaime Guasp, *op. cit.*, t. I, p. 114.

En el sistema mexicano, a causa del doble orden de autoridades (federales y locales), el problema es más complicado, pues junto al poder ejecutivo federal, al poder legislativo federal y al poder judicial federal, en cada entidad de la república, se repite la misma estructura tripartita: hay un ejecutivo local, un legislativo local y un judicial también de orden local. Ello nos permite distinguir tres tipos de conflictos de atribuciones:

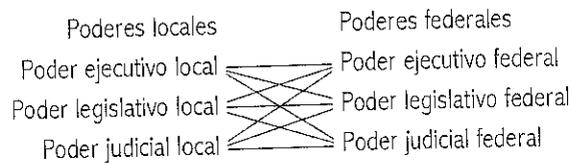
1. Los conflictos de poderes federales entre sí, o de poderes de una entidad estatal entre sí.
2. Los conflictos de un poder federal con un poder local.
3. Los conflictos entre poderes de una entidad y poderes de otra.

El esquema del cuadro 27.1 podrá ayudarnos a comprender los conflictos susceptibles de presentarse.

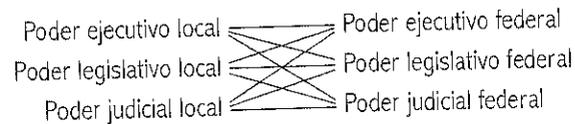
En la práctica se han señalado cuatro sistemas para resolver los conflictos de atribuciones: el administrativo o ejecutivo, el legislativo, el judicial y el mixto.

Cuadro 27.1. Ejemplos de conflictos entre los diferentes poderes.

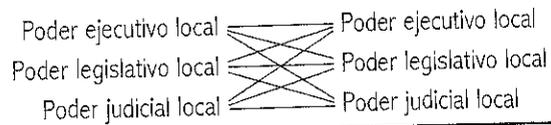
1. Conflictos entre los poderes *federales entre sí*, o entre los poderes *locales entre sí*



2. Conflictos de un poder *federal* con un poder *local*



3. Conflictos entre los poderes de *diversas entidades locales*



Sistema administrativo o ejecutivo

En este sistema es el poder ejecutivo el que resuelve el conflicto, es decir, el presidente, primer ministro o monarca. El sistema es característico de regímenes auto-

ritarios de tendencia totalitaria y alejados de todo rasgo democrático. La solución que se da al conflicto es más bien de tipo político que de carácter jurídico.

Sistema legislativo

En este sistema, los órganos legislativos, las cámaras o el parlamento son los que dirimen los conflictos. Es característico de los regímenes parlamentarios, en los cuales los cuerpos legislativos son más fuertes que los otros poderes. Puede esgrimirse en favor de este sistema que un choque de atribuciones entre dos o más autoridades, en el fondo, no es más que un conflicto de leyes, porque cada órgano de autoridad está apoyándose para intervenir en alguna disposición legislativa y que por ser el legislativo el creador de las leyes, es el que debe corregir los conflictos surgidos entre ellas. Lo cierto es que no todo choque de autoridades entraña necesariamente un conflicto de leyes. Por otra parte, la solución de dichos conflictos en el sistema parlamentario no siempre es acertada, porque el legislativo es un órgano político más que jurídico y sus resoluciones, aunque menos autoritarias y dictatoriales que las del sistema administrativo o ejecutivo, también corren el riesgo de ser más resoluciones de tipo político que jurídicas.

Sistema judicial

En este tercer sistema, los órganos del poder judicial son los que dirimen los conflictos entre órganos de diversos poderes. A su favor se argumenta que si la función de este poder es resolver conflictos, lo más lógico y funcional es que también le sean encomendados los conflictos entre órganos de autoridad. Un criterio de especialización hace aparecer este sistema como el mejor o el que presenta menos inconvenientes. Parece ser, además, que en la medida en que el poder judicial controle y vigile la constitucionalidad y la legalidad de los actos de los otros poderes del estado, podrá hablarse de un sistema democrático y republicano. En otras palabras, el grado de amplitud de atribuciones del poder judicial en estos conflictos, sirve para determinar también el grado de desarrollo democrático de una colectividad.

Sistema mixto

En este sistema, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial crean un organismo distinto integrado por representantes de los tres. Así, le toca dictar la resolución de los conflictos que ocurran entre cualquiera de dichos poderes a un órgano nuevo no

perteneciente a ninguno de los poderes, por lo que se presume que juzga con mayor imparcialidad que en los otros sistemas en los que se es juez y parte, dado el riesgo de que se pierda la imparcialidad. La creación de un organismo que decida las controversias entre los tres poderes, significa la aparición de un superpoder al que estarían sometidos el ejecutivo, el legislativo y el judicial. En la historia de México, tenemos la experiencia del siglo XIX, durante la época del presidente Antonio López de Santa Anna, del llamado *Supremo Poder Conservador*, el cual constituyó un sistema de control de los actos de los tres poderes que, es fácil imaginar, llevaba a la nación por el sendero dictatorial.

Por todo lo anterior, el mejor sistema para la solución de conflictos de atribuciones entre los poderes es el sistema judicial, el cual está reglamentado en nuestro texto constitucional.¹⁸⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieren a la materia electoral, se susciten entre:
 - a) La Federación y un estado o el Distrito Federal;
 - b) La Federación y un municipio;
 - c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
 - d) Un estado y otro;
 - e) Un estado y el Distrito Federal;
 - f) El Distrito Federal y un municipio;
 - g) Dos municipios de diversos estados;
 - h) Dos poderes de un mismo estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - i) Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
 - j) Un estado y un municipio de otro estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y
 - k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la

¹⁸⁸ Arts. 105, fraccs. I y II, y 106.

resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia;

- II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta *Constitución*.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;
- e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del estado que les otorgó el registro.
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

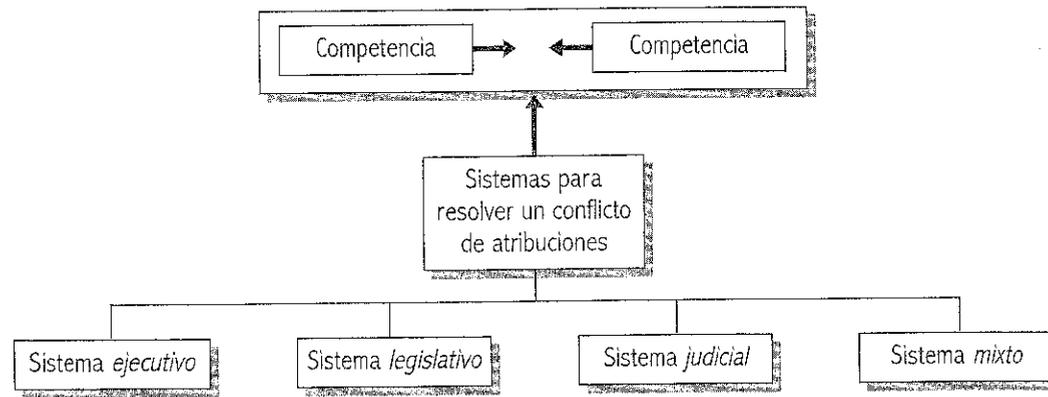
La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la *Constitución* es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos [...].

Corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o del Distrito Federal, entre los de un Estado y los de otro, o entre los de un Estado y los del Distrito Federal.

Cuadro 27.2. Sistemas para resolver conflictos de atribuciones.



Diversas formas de plantear la incompetencia de un órgano judicial

Por regla general, quien puede objetar la competencia de un juez o de un órgano judicial es la parte demandada, ya que el actor ha acudido ante ese juez y se ha sometido a su competencia.¹⁸⁹ Se puede decir que, también por regla general, quien se ha sometido a la competencia de un juez no puede posteriormente objetarla o impugnarla.

En el capítulo 27 vimos las cuestiones relativas a los conflictos de atribuciones o contiendas funcionales. ¿Qué diferencia existe entre esas contiendas funcionales o conflictos de atribuciones y estos problemas de planteamiento de la incompetencia de un juez? La naturaleza de los problemas es la misma, porque de cualquier forma se trata de choques de atribuciones entre dos autoridades. La contienda funcional o conflicto de atribuciones la encontramos más bien configurada en los conflictos entre órganos o entidades que pertenecen a diferentes poderes o a diferentes sistemas. Así, un conflicto entre un juez de una entidad y el juez de otra no tiene una naturaleza diferente del conflicto entre dos jueces de la misma entidad. Lo que pasa es que en el primer caso se trata de un conflicto entre poderes de diferentes entidades que debe ser resuelto, en nuestro sistema, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por el contrario, si el conflicto se suscita entre dos jueces que pertenecen al mismo sistema judicial, entonces el problema debe ser resuelto por el superior jerárquico de ambos. Por ejemplo, si se trata de un conflicto de competencia entre el juez común de Acapulco y el juez común de Chilpancingo, como ambas poblaciones pertenecen al estado de Guerrero, será el Tribunal Superior de Justicia de esa

¹⁸⁹ Art. 153 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

entidad el que resuelva. Pero si el conflicto surge entre el juez de Acapulco y el juez de Guadalajara, entonces se trata de un conflicto de atribuciones entre órganos de autoridad de dos entidades diferentes que, según ha quedado dicho, deberá resolverlo la Suprema Corte de Justicia.

Tradicionalmente tanto la teoría como la práctica han contemplado dos formas de plantear las cuestiones de incompetencia de un órgano judicial, la *declinatoria* y la *inhibitoria*.

Ambas formas o tramitaciones persiguen el mismo objetivo: que deje de conocer un determinado asunto el juez al que se considera incompetente, entendida la competencia en sentido objetivo y no como aptitud personal del titular del órgano jurisdiccional. En este último sentido puede haber, y de hecho los hay, muchos o varios jueces ineptos, pero esta ineptitud del titular del órgano jurisdiccional no tiene nada que ver con la competencia que, como se recordará, es la esfera o el ámbito dentro del cual un órgano de autoridad, y en este caso, un órgano judicial, puede desempeñar o desenvolver válidamente sus atribuciones dentro del marco establecido por la propia ley:

Las cuestiones de competencia pueden promoverse por declinatoria y por inhibición. La declinatoria se propondrá ante el juez que haya empezado a conocer, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio, con igual remisión de autos, al tenido por competente. La inhibitoria se intentará ante el juez que la parte crea competente, pidiéndole que dirija oficio al que estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos.¹⁹⁰

Al respecto, es conveniente consultar el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, que habla de estas dos formas de plantear la incompetencia de un juez.¹⁹¹

La declinatoria constituye una típica excepción procesal, no referida a la pretensión sustancial del actor, sino a la competencia del órgano jurisdiccional. Antes era considerada como excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento y suspendía el procedimiento. Merced a las reformas legislativas,¹⁹² ya no hay suspensión del procedimiento por ninguna cuestión competencial y el nuevo texto del código procesal distrital contiene la novedad de que una vez interpuesta la excepción, el juez no suspenderá el procedimiento, sino que remitirá, desde luego, testimonio de las actuaciones respectivas a su inmediato superior, emplazando a los interesados para que en un plazo de 10 días comparezcan ante éste, quien resolverá la cuestión en audiencia en que se reciban las pruebas y alegatos de las partes y

¹⁹⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 436.

¹⁹¹ Cfr. arts. 163-169.

¹⁹² *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1987.

comunicará su resolución al juez del conocimiento y al juez que estime competente: este último deberá hacerlo saber a los litigantes y el incompetente remitirá los autos a quien ordene el superior.¹⁹³

La reforma acerca nuestro proceso a la oralidad, al cumplirse el principio de desechamiento o eliminación de todos los trámites entorpecedores de la marcha y desarrollo del proceso.¹⁹⁴

La inhibitoria, por el contrario, la promueve el demandado ante el juez que estima competente, pero que no conoce del asunto. Ésta es una verdadera excepción porque se puede hacer valer aun después de que hubiere pasado la oportunidad para contestar la demanda y es eficaz promoverla dentro de los nueve días posteriores al emplazamiento. Si el juez al que se le haga la solicitud de inhibitoria la estima procedente, sostendrá su competencia y requerirá al juez que estime incompetente para que dentro del término de tres días remita testimonio de las actuaciones respectivas a la sala a la que esté adscrito el juez requirente, comunicándoselo a éste, quien remitirá sus autos originales al mismo superior. La imprecisión de la ley para referirse al tribunal que deba decidir la competencia radica precisamente en que, si se trata de jueces de una misma entidad, sometidos jerárquica y disciplinariamente al mismo tribunal superior, entonces será éste la autoridad que decida la cuestión competencial; pero si se trata de jueces pertenecientes a diferentes entidades deberá resolver la Suprema Corte de Justicia.

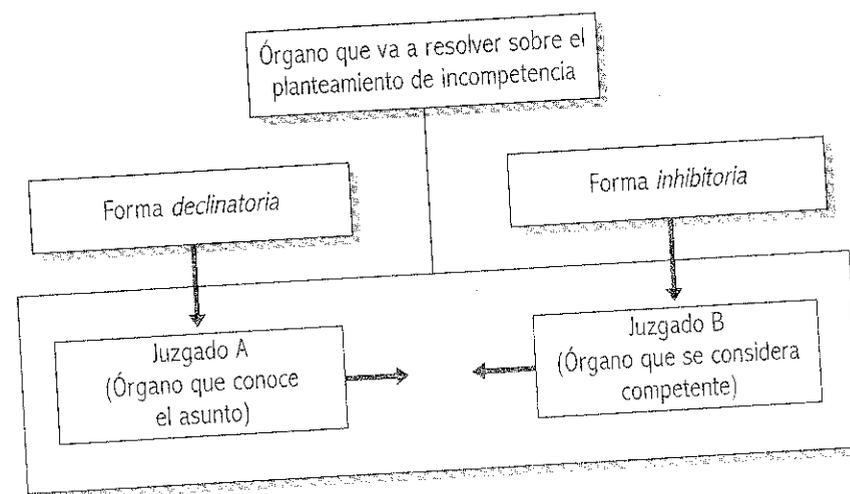


Figura 28.1. Declinatoria e inhibitoria.

¹⁹³ Cfr. Cipriano Gómez Lara, *Derecho procesal civil*, p. 87.

¹⁹⁴ Cfr. *Supra*, cap. 14.

En la mayoría de las legislaciones locales, tratándose de la inhibitoria, el actor debe tener cuidado al plantear su demanda, a efecto de cerciorarse de la competencia del juez ante el que promueve, porque el demandado puede estar colocado en una posición expectante, para que, ya habiendo avanzado bastante el desarrollo de la instancia, promueva la inhibitoria y, de tener ésta éxito, haga ineficaz o nulo todo lo que se haya actuado. Por su parte, el demandado debe tener mucha seguridad de que la inhibitoria que hace valer proceda, porque de no ser así, habría perdido la oportunidad de contestar la demanda ante el juez que estimó incompetente y que después resulta ser el competente. De lo anterior se deduce que es más recomendable tramitar la declinatoria contestando la demanda, en el fondo, *ad cautelam*, es decir, expresándole al juez que, aunque no se le reconoce competencia para conocer del asunto, en cualquier forma, *cauteladamente*, se contesta la demanda, pero se hace valer al mismo tiempo la excepción declinatoria de jurisdicción.

Para promover la inhibitoria, el demandado no debe haber comparecido ante el primer juez y si promueve la inhibitoria no podrá después promover la declinatoria. Asimismo, si promueve la declinatoria no podrá ya después hacer valer la inhibitoria.

Finalmente, cabría hacer una breve referencia a la regla procesal de que *todo lo actuado ante juez incompetente es nulo*. Esta regla, en términos generales, es cierta, sólo que quizás sería más conveniente hablar de anulabilidad, y no simplemente de nulidad, porque, mientras no sea decidida una cuestión competencial o mientras no sea planteada, todo lo que se desenvuelve ante un juez se presume realizado válidamente. Además, no es exacto que todo lo actuado ante un juez incompetente sea necesariamente anulable y, al respecto, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* claramente establece que, una vez decidida la competencia, la demanda y la contestación se tendrán como presentadas ante el juez a favor del cual se decidió la competencia, aunque éste no hubiere sido el que, de hecho, hubiere recibido dicha demanda y contestación, con lo que, de tal suerte, se convalida la presentación o celebración de tales actos, ante el juez incompetente, y se tienen éstos como celebrados o desenvueltos ante el juez competente.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Cfr. art. 154, fracc. I.

Papel que incumbe al juzgador en el proceso

El papel del juzgador es el primer tema de los relativos a los sujetos procesales.

No hay acuerdo acerca de quiénes son los sujetos de la relación jurídico procesal; unos dicen que las partes, otros, que las partes y el juez o el órgano jurisdiccional, o que las partes y el Estado a través de los funcionarios judiciales [...] creemos que lo son las partes y el Estado mediante el funcionario jurisdiccional competente.¹⁹⁶

Además del juez o titular del órgano jurisdiccional y de las partes, también son sujetos procesales todos los demás terceros que de alguna forma intervienen en el desenvolvimiento del proceso. Al referirnos a la noción de proceso¹⁹⁷ dijimos que está constituido por un conjunto complejo de actos de las partes interesadas, del estado a través del desarrollo de la función jurisdiccional, y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que están proyectados a la aplicación de la ley general a un caso concreto controvertido, a efecto de dirimirlo. En la definición anterior, se encuentran comprendidos todos los sujetos procesales: el estado, a través del órgano jurisdiccional que actúa, mediante su titular, el juzgador; las partes interesadas que excitan la función del órgano jurisdiccional y, finalmente, los terceros, o sea, todos aquellos sujetos que sin ser miembros de la relación sustancial vienen al proceso para auxiliar al juzgador o a las partes. Estos terceros pueden ser todos los auxiliares del juzgador, los testigos, los peritos, los abogados, etcétera.

¹⁹⁶ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 328.

¹⁹⁷ *Supra*, cap. 21.

El papel que incumbe o toca desempeñar en el proceso al juzgador o titular del órgano jurisdiccional¹⁹⁸ no queda explicado, en toda su significación y contenido, sino en la exposición de todo un curso.¹⁹⁹ Nos limitamos aquí a afirmar que dicho papel consiste en dirigir o conducir el proceso y, en su oportunidad, dictar la sentencia, aplicando la ley al caso concreto controvertido para dirimirlo o solucionarlo.

En los subsecuentes capítulos se examinarán las cuestiones relativas a las diversas clases de jueces, a los sistemas de nombramiento de éstos, a los principios a los que responde la organización judicial en las entidades de la república, y haremos una breve referencia a las organizaciones judiciales federal y común en el Distrito Federal, para tratar más adelante algunas cuestiones relativas a la carrera judicial, que implica, como lo veremos, los sistemas de selección y ascensos en la judicatura y las garantías de que debe estar rodeado el juzgador.

30

Diversas clases de jueces

Siguiendo una idea de Alcalá-Zamora y Castillo,²⁰⁰ que expresa metafóricamente mediante el pentágono procesal, examinaremos en seguida los cinco conceptos que componen el proceso: el juzgador, el juez, el magistrado, el juzgado y el tribunal.

Pensamos que en el régimen mexicano, en la denominación de órganos judiciales y de sus titulares, es conveniente agregar dos conceptos: el ministro y la corte.

El juzgador

Se habla en términos muy amplios del juzgador, queriendo dar a entender al titular de cualquier órgano jurisdiccional. Es, pues, un vocablo aplicable al titular de cualquier órgano jurisdiccional.

El juez

Es el titular de un órgano jurisdiccional unipersonal, por regla general de primer grado o instancia.

¹⁹⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "El papel del juez en la dirección del proceso civil mexicano", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I.

¹⁹⁹ Cfr. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. Santiago Sentís e Isaac J. Medina, Oxford University Press, México, 1997.

²⁰⁰ Niceto Alcalá-Zamora, *Cuestiones de terminología procesal*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1972, pp. 120 y 121.

El magistrado

La palabra *magistrado* se deriva del latín *magister*, maestro. Por una evolución del término ha venido a significar el titular de un órgano judicial de jerarquía superior, comúnmente de segundo grado o instancia. También se ha aplicado a los titulares de órganos colegiados o pluripersonales pero no siempre es así, porque encontramos tribunales unitarios integrados por un solo magistrado.

El juzgado

Es un órgano judicial unipersonal y, generalmente, de primera instancia.

El tribunal

Sobre el término *tribunal* han surgido diversas discusiones, porque se piensa que etimológicamente implica tres titulares del órgano jurisdiccional y, así, se quiere ver en este órgano a una entidad de jerarquía superior y de integración colegiada o pluripersonal. Lo cierto es que existe la excepción de los tribunales unipersonales. En nuestro medio forense, la palabra empleada en plural, *tribunales*, se usa para designar genéricamente a todos los órganos judiciales.

El ministro

En nuestro sistema constitucional el término está reservado a los titulares del máximo órgano judicial, o sea, los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Éstos son los únicos ministros que contempla nuestro sistema jurídico y no deben ser denominados así los secretarios de estado del Poder Ejecutivo Federal.

La corte

Este vocablo se refiere, en nuestro sistema constitucional, al órgano de máxima jerarquía dentro de la organización judicial nacional, es decir, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, la palabra *corte* también ha designado otras autoridades judiciales y, hasta antes de las reformas procesales en el Distrito Federal de 1971, se hablaba de las cortes penales, que en la ciudad de México estaban compuestas, cada una, por tres juzgados penales, los cuales actuaban como juzgados de instrucción, y la corte venía a ser el órgano de decisión. Estas cortes penales desaparecieron con la reforma.

Jueces doctos o letrados y jueces legos o profanos

Los jueces doctos o letrados son los titulares de los órganos judiciales que son estudiosos y profesionales del derecho, que han recibido el título de alguna universidad y que cuentan con la autorización estatal para ejercer las profesiones jurídicas. Frente a éstos se encuentran los juristas legos o profanos, que no son profesionales autorizados del derecho y que no cuentan con el reconocimiento universitario ni con alguna autorización gubernamental para el ejercicio de las profesiones jurídicas. A continuación citaremos tres ejemplos de jueces profanos o legos:

1. Jueces integrantes del jurado popular, que está compuesto por personas comunes y corrientes que no son profesionales del derecho.²⁰¹
2. Los jueces de ciertos tribunales especializados, por ejemplo, los integrantes del tribunal de aguas que funciona en Valencia, España;²⁰² los de los tribunales de trabajo que en muchos sistemas no necesariamente deben ser juristas, y los casos, más frecuentes cada vez, de especialistas o peritos que en ciertos tribunales colegiados vienen a ser no meros consultores o asesores, sino miembros del tribunal.²⁰³
3. Jueces titulares de juzgados que se encuentran alejados de los grandes centros de población.

Además de los anteriores, hay tribunales de composición mixta, en los cuales intervienen jueces letrados y jueces legos que actúan colegiadamente. Al término de la Segunda Guerra Mundial, en países con tendencias socialistas de la parte oriental de Europa, como Checoslovaquia, Rumania, Yugoslavia, Alemania Oriental, etc., ciertos tribunales de primera instancia se integraban con un jurista, un obrero y un campesino. De cualquier manera, aun en estos regímenes, los tribunales de apelación estaban integrados sólo por juristas, quienes revisaban las resoluciones dadas en la primera instancia.

La distinción entre jueces legos y letrados se remonta hasta la Edad Media, cuando no se requería que el juez fuese letrado e incluso en algunas ocasiones era necesario que fuese un lego, pues como debe recordarse el juez conducía el proceso y decidía, y no tenía que saber escribir, ya que para ello estaban los escribanos, amén de que, también, en ciertas épocas de la Edad Media, escribir era considerado una labor servil y secundaria, impropia de los señores.

Nosotros pensamos que no existe hoy en día ninguna razón que justifique o autorice la designación de jueces legos; pensamos que todos los titulares de los órganos

²⁰¹ Cfr. art. 648 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

²⁰² Citado por Alcalá-Zamora, *loc. cit.*

²⁰³ Cfr. arts. 605 y 665 de la Ley Federal del Trabajo, *supra*, caps. 14 y 22.

jurisdiccionales deben ser profesionales del derecho. En principio, somos contrarios al jurado popular, porque no es propio de nuestra idiosincrasia ni de nuestras tradiciones. Además, aun en los países donde tienen una amplia aplicación, no responde ya a las necesidades ni a la ideología de los tiempos. Aun en los tribunales especializados, tampoco se justifica ahora que se incorporen personas no juristas y existe una tendencia muy generalizada a que los miembros de dichos tribunales sean juristas profesionales. Finalmente, el hecho de que un tribunal esté situado en una zona muy alejada de los grandes centros de población, tampoco es razón de peso suficiente para que sea nombrado como titular de ese órgano jurisdiccional el carnicero, el peluquero o el boticario. Si esto llega a hacerse, implica un defecto y un aspecto de mala organización judicial, porque la verdad de las cosas es que se nombran jueces legos porque el poder judicial no tiene presupuesto para pagar un sueldo decoroso a un jurista que vaya a encargarse del órgano jurisdiccional de esa pequeña población.²⁰⁴

Juzgadores unitarios y juzgadores colegiados

Este criterio de clasificación se refiere al número de personas que integran un tribunal. Tenemos dos tipos de tribunales: el órgano *unitario* o *unipersonal*, que tiene un solo miembro o titular; y, frente a éste, el órgano *colegiado* o *pluripersonal*, compuesto por varios miembros o titulares. Por regla general, la primera instancia o grado se desenvuelve ante tribunales unitarios y la segunda ante órganos de integración colegiada. Hay, sin embargo, excepciones, porque existen órganos de apelación de tipo unitario y órganos de primera instancia, de integración colegiada. Así, en el sistema judicial federal los tribunales unitarios de circuito son órganos de apelación unipersonales. Por su parte, hay órganos de primera instancia que tienen una integración pluripersonal o colegiada, como es el caso de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que están compuestas por un representante patronal, un representante obrero y un representante gubernamental. Otro caso de excepción fue el de los juzgados penales de la ciudad de México, en materia común hasta antes de las reformas de diciembre de 1971, pues cada juzgado penal era un órgano unitario en la instrucción, pero para la etapa del juicio se colegiaba con otros dos juzgados penales, y los tres formaban lo que se denominaba una *corte penal*, es decir, se presentaba un fenómeno de instrucción unitaria y etapa de juicio colegiada. Pero este sistema ya ha desaparecido en la ciudad de México.

Se discute cuál de los tipos de organización judicial, la unitaria o la colegiada, es mejor. El sistema unitario es más barato para el estado, el proceso se desarrolla

²⁰⁴ *Infra*, cap. 35, *Garantías del juzgador*.

con más celeridad y el titular, como es único, asume con plenitud la responsabilidad del fallo que dicta. Como rasgos opuestos, se argumenta que el órgano colegiado es más caro, más lento y diluye la responsabilidad del fallo entre los integrantes de dicho tribunal, pero frente a esas aparentes desventajas se arguye que los asuntos se dictaminan con mayor objetividad al fallarse y que, por ser varios los jueces, están más alejados del cohecho, aunque esto es relativo, pues la honorabilidad no depende del número de integrantes de un tribunal.

No es posible inclinarse tajantemente por uno o por otro de los sistemas de organización judicial. En algunas circunstancias es más recomendable uno que el otro. La práctica enseña que la primera instancia es unitaria y la segunda un órgano pluripersonal o colegiado; sin embargo, esto tiene excepciones, como lo hemos apuntado.

Jueces instructores y jueces jurisdicentes

En cuanto a esta distinción, como ya se ha visto,²⁰⁵ es posible hablar de jueces instructores, que son quienes reciben las peticiones de las partes, conducen el proceso, preparan y asumen las pruebas y escuchan los alegatos; y jueces jurisdicentes, que son quienes deciden, es decir, los que dictan la sentencia.

²⁰⁵ *Supra*, cap. 22.

Sistemas de nombramiento de los jueces. ¿Quién designa? ¿Cómo designa?

La pregunta sobre quién designa se refiere a cuál es el órgano competente para hacer las designaciones de jueces. La segunda, sobre cómo se designa, se refiere a la existencia o ausencia de un sistema institucional de designación, es decir, a los métodos que sigue la autoridad designante para elegir al juez; este segundo aspecto lo trataremos más adelante,²⁰⁶ y aquí nos limitaremos a la primera interrogante. El planteamiento de estas dos interrogantes y la enunciación de los sistemas respecto a quién designa jueces son ideas que hemos tomado de Alcalá-Zamora y Castillo.²⁰⁷

Se habla de seis sistemas en cuanto al organismo o autoridad que tiene la atribución de designar:

- Nombramiento por el poder ejecutivo
- Nombramiento por el poder legislativo
- Nombramiento por el poder judicial
- Nombramiento mixto con intervención de dos o más poderes
- Nombramiento por elección o sufragio popular
- Nombramiento mixto con la intervención de un poder estatal y alguna entidad jurídica social

²⁰⁶ *Infra*, cap. 35.

²⁰⁷ En sus cátedras.

Nombramiento por el poder ejecutivo

Es característico de los regímenes dictatoriales y absolutistas, en los cuales el rey, el primer ministro o el jefe del estado es el que hace las designaciones. Este sistema de nombramientos es criticable porque los titulares de los órganos judiciales tienden a ser menos independientes y autónomos, si han sido nombrados por los órganos del ejecutivo. Sin embargo, estas cuestiones relativas a quién hace la designación son menos importantes que las tocantes a cómo se haga dicha designación, porque pensamos que la independencia y autonomía para el titular de un órgano judicial las puede otorgar y garantizar el sistema de designación en mayor grado y eficacia que por la vía de la autoridad competente. De cualquier suerte, no simpatizamos con el sistema de designación por el ejecutivo y, quizá por ello, tampoco compartimos la idea de la existencia de ministerios o secretarías de justicia dentro de la organización jurídica política de los países. Nosotros hemos suprimido en nuestro sistema constitucional, a nuestro entender positivamente, la Secretaría o Ministerio de Justicia porque la existencia de tal entidad gubernamental supedita definitiva y absolutamente el poder judicial al poder ejecutivo y desde ningún punto de vista podemos estar de acuerdo con esta supeditación.

Nombramiento por el poder legislativo

Este sistema aparenta ser menos malo que el anterior, aun cuando en verdad la ventaja sólo radica en que es un cuerpo colegiado el encargado de hacer las designaciones; no obstante ello, como sus miembros no son técnicos, sino políticos, las designaciones realizadas por los cuerpos legislativos no son precisamente acertadas en lo que se refiere a las realidades jurídicas. Por otra parte, la designación de todos los jueces por el poder legislativo implica que el poder judicial pierde su autonomía, ya que está subordinado al legislativo.

Nombramiento por el poder judicial

En la práctica, este sistema parece ser el menos negativo, porque si el propio poder judicial es el que designa a los jueces, conserva una verdadera independencia y una genuina autonomía. Sin embargo, el sistema no está exento de defectos, pues suele crearse un cuerpo hermético, cerrado a toda influencia externa, lo que entraña el peligro de que se produzca una verdadera casta judicial que no admita ni tolere ninguna influencia externa, aunque sea positiva. La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 introdujo los consejos de la judicatura tanto en el ámbito federal

como distrital, con los que es deseable que se dé un sesgo más institucional a la designación de jueces y funcionarios judiciales, como lo veremos en los capítulos subsiguientes.²⁰⁸

Nombramiento mixto con intervención de dos o más poderes

En nuestro medio, el sistema de designación de juzgadores federales y distritales ha experimentado una importante reforma, establecida por el decreto publicado el 31 de diciembre de 1994. El sistema de designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia y de magistrados del fuero común es mixto. En efecto, los ministros son designados por el Senado entre la terna que someta a su consideración el presidente de la república. En la primera elección de ministros el ejecutivo federal no envió ternas al Senado, sino una nómina de 18 candidatos de la que se eligieron a los 11 ministros conforme al art. 3o. transitorio del decreto ya citado. Los magistrados del Tribunal Superior de Justicia son designados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, a propuesta del jefe de gobierno del Distrito Federal y con la intervención del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.²⁰⁹

En los estados de la república es aconsejable que comiencen a darse reformas a las constituciones locales para la creación de consejos de la judicatura. Es interesante señalar los ejemplos de Coahuila y Sinaloa, que en algo se adelantaron en este tipo de órganos internos de gobierno, de control y de vigilancia de la función judicial. Prevalece el sistema de designación de magistrados por los gobernadores de los estados con aprobación de los congresos locales; sin embargo, abrigamos esperanzas de cambios en esta orientación, a medida que se establezcan y afiancen los consejos de la judicatura.

Lo ideal sería un sistema mixto en el que no interviniera el ejecutivo y en el que, con base en ternas, la designación se hiciera sólo entre los poderes legislativo y judicial. El nombramiento de jueces por parte del ejecutivo es un problema común de todos los países con regímenes presidencialistas; por ello, lo señalamos como uno de los principales males de la administración de justicia, sin olvidarnos de que dicho mal se hace relativo con cualquier sistema, en cuanto al órgano que designe, si en rigor lo que se cuida y se hace respetar es un genuino y verdadero sistema institucional de designación de los jueces, del cual nos ocuparemos más adelante.

²⁰⁸ Cfr. arts. 100 y 122, inciso C, Base cuarta, fracc. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁰⁹ Cfr. arts. 76, fracc. VIII; 89, fracc. XVIII y 122, inciso C, Base cuarta, fracc. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y art. 201, fracc. II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Nombramiento por elección o sufragio popular

El nombramiento por elección o sufragio popular de los titulares de los órganos judiciales es hoy desconocido, por fortuna para nosotros, aunque tiene antecedentes en nuestra vida jurídica y política.²¹⁰ Todavía lo encontramos vigente en algunos estados de la Unión Americana y consiste en que son los ciudadanos quienes en una votación directa eligen a sus jueces. El sistema ha recibido críticas muy duras, inclusive en los propios países en los cuales aún se practica. Es un principio ideal el de que el juez no tenga nada que ver con la militancia política y no hay nada que lo acerque más a ella que el ser designado mediante el sufragio. La actividad política significa luchas, compromisos, simpatías, inclinaciones, y todo ello indudablemente hace perder al juez la imparcialidad y la ecuanimidad que debe tener. El juez no tratará igual, en los procesos que se sometan a su conocimiento, a quienes lo apoyaron y a quienes estuvieron en su contra en la elección respectiva. Por esto creemos que el juez debe ser ajeno a los juegos de la militancia política; no hay nunca compatibilidad entre la política y la función que un juez debe desempeñar. El sistema, trasladado a nuestro país, sería verdaderamente desastroso, porque son muy conocidos los vicios de nuestro sistema político democrático y si en un buen sistema de verdadera democracia no es recomendable la elección de los jueces por el sufragio, mucho menos donde, como entre nosotros, la democracia dista mucho de ser un sistema satisfactorio de designación de funcionarios en general.²¹¹

Nombramiento mixto con la intervención de un poder estatal y alguna entidad jurídica social

Han venido cobrando importancia algunos sistemas de designación de magistrados en los que intervienen los diversos poderes, ya sea el ejecutivo, el legislativo o el propio judicial, pero con una determinante intervención, por ejemplo, de las facultades y escuelas de derecho y de las barras, colegios o asociaciones de abogados. Un ejemplo cercano nos lo da Guatemala, en cuya constitución se precisa que la designación de cinco de los nueve miembros de la Suprema Corte de Justicia se hace de una nómina de 30 candidatos propuestos por una Comisión de Postulación integrada por cada uno de los decanos de las facultades de derecho o de ciencias jurí-

²¹⁰ El art. 92 de la *Constitución de 1857* así lo prescribía. Al respecto debe recordarse que al presidente de la República lo sustituiría el de la Suprema Corte.

²¹¹ La *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México* contemplaba en su art. 57 un sistema de elección popular para designar a los jueces menores municipales. Tal artículo fue reformado por el decreto núm. 348, 3 ab., 1981 (*Gaceta del Gobierno*, núm. 41, secc. segunda, t. CXXXI, 4 ab. 1981).

dicas y sociales de cada universidad del país; un número equivalente de miembros electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y un representante del Organismo Judicial nombrado por la Corte Suprema de Justicia. Por lo que se refiere a la Corte de Constitucionalidad de esa misma nación, sus cinco integrantes son designados, respectivamente: por el pleno de la Suprema Corte de Justicia, por el pleno del Congreso de la República, por el presidente de la República en Consejo de Ministros, por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Asamblea del Colegio de Abogados.²¹²

²¹² Arts. 215, inciso b, y 269, incisos a, b, c, d y e de la *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Principios a los que responde la organización judicial en los estados de la República mexicana

México es una república representativa, democrática, federal, compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de la ley fundamental. Así, la soberanía se ejerce por medio de los poderes de la unión y por los poderes de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos establecidos por la constitución federal y por las constituciones locales de los estados, las cuales en ningún caso podrán contravenir las disposiciones del pacto federal.²¹³

En tal virtud, cada estado tiene su propia constitución, subordinada siempre a la constitución federal y, por ello, frente a las autoridades federales existen otras autoridades que tienen soberanía y que son llamadas *autoridades locales*. Los estados deben adoptar los principios que emanan de la constitución general para su régimen interno. Como en cada estado existe una constitución, tenemos 31 constituciones locales, una por cada estado. Cada una de esas constituciones, en su parte orgánica, provee las reglas generales respecto de la estructura, composición y funcionamiento del poder ejecutivo, legislativo y judicial de orden local.

Ahora bien, a nosotros nos interesa básicamente el poder judicial. En cada constitución local se dan las reglas generales para la integración, estructura y funcionamiento de dicho poder judicial. Sólo que las reglas consignadas en los textos constitucionales contienen principios generales y amplios que otra legislación secundaria debe detallar y adecuar. Esta legislación secundaria está compuesta por las llamadas *leyes orgánicas* de los poderes judiciales. Así, cada ley orgánica de un

²¹³ Cfr. arts. 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

poder judicial de una entidad detalla y estructura la organización, además de que establece las regulaciones que rigen la integración y el funcionamiento de los órganos del poder judicial respectivo. El contenido de estas leyes orgánicas es el que fija las bases de la organización del poder judicial. Por regla general, dicho contenido, con variantes de detalle, es el siguiente:

1. Determinación de la competencia de todos los órganos judiciales locales.
2. Creación de un organismo local, que es la máxima autoridad judicial de la entidad, al que se denomina *Tribunal Superior de Justicia* o *Supremo Tribunal*. En Estados Unidos de América se le llama *Suprema Corte del Estado* respectivo.
3. Fijación de la residencia del referido Tribunal Superior o Supremo Tribunal, que es siempre la capital de la entidad correspondiente.
4. Determinación del número de magistrados y de salas que componen al tribunal.
5. Forma en que debe funcionar este tribunal, ya sea con integración unitaria o colegiada de las salas o con funcionamiento en pleno del respectivo tribunal.
6. Reglas sobre la distribución de la competencia por materia de las diversas salas del tribunal, por ejemplo, salas civiles, salas penales, salas de lo familiar, etcétera.
7. Delimitación de la competencia de las salas y de la competencia del pleno.
8. Determinación de los diferentes tipos de jueces que deben existir en la entidad: civiles, penales, mixtos, de pequeña cuantía, etcétera.
9. División del territorio del estado en varias circunscripciones, que son denominadas *partidos judiciales*, *distritos judiciales* o *fracciones judiciales*. Esta división territorial se hace teniendo en cuenta el número de habitantes, la importancia de las regiones y poblaciones, los medios de comunicación, etc. El partido, distrito o fracción judicial abarca diversos municipios. La población de mayor importancia de alguno de ellos es denominada *cabece-ra* del partido, distrito o fracción y es la residencia del juzgado competente en toda esa circunscripción. Todos los estados de la república están divididos en estas circunscripciones de partidos, distritos o fracciones judiciales y dichas reglas de distribución de competencia territorial se encuentran en las leyes orgánicas de los poderes judiciales. El esquema acompañante (figura 32.1) nos ilustrará mejor sobre la división territorial.
10. Reglas de organización e integración interna tanto del Tribunal Superior como de los juzgados. Se determina cuántos secretarios hay y de qué clase, qué personal debe haber, la categoría de los secretarios, como primer secretario, segundo secretario, sus atribuciones, etcétera.

11. Señalamiento de los requisitos para ser titular de los órganos jurisdiccionales o auxiliar de los mismos; es decir, los requisitos de edad, título profesional, antecedentes, etc., de los magistrados, jueces, secretarios y demás funcionarios judiciales.
12. Reglamentación de los organismos y entidades auxiliares de la administración de justicia: Ministerio Público, Peritos Oficiales, Registro Civil, Registro Público de la Propiedad, Policía Judicial, etcétera.
13. Obligaciones de los sujetos procesales auxiliares, como los abogados, los albaceas, los notarios, los peritos oficiales, los síndicos, los registradores, etcétera.

A partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* del 17 de marzo de 1985, debe tenerse en cuenta el texto de los arts. 17 y 116, fracc. III, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que postula reglas claras y precisas sobre la independencia de los tribunales, magistrados y jueces, y establece las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los poderes judiciales de los estados.

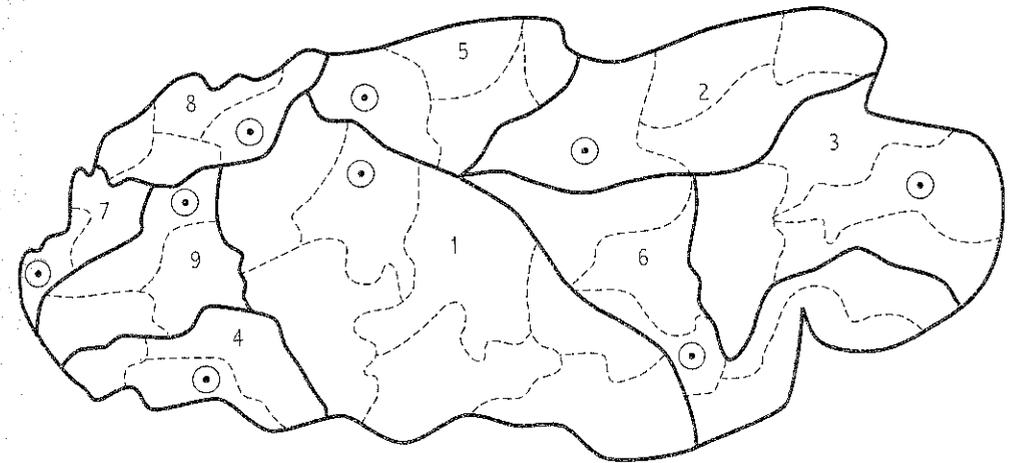


Figura 32.1. Ejemplo hipotético de distribución de la competencia judicial por territorio en un estado.

Organización de los tribunales comunes en el Distrito Federal

La *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* se ocupa de la estructura, organización, funcionamiento y determinación de la competencia de los tribunales llamados *comunes* en el Distrito Federal.

La ley vigente entró en vigor el 28 de febrero de 1996 y encuentra su fundamento constitucional en el art. 122, inciso C, Base cuarta, fracc. IV, que contempla los principios de la carrera judicial, y en la fracc. II, que recoge la reglamentación y las atribuciones del *Consejo de la Judicatura del Distrito Federal*.²¹⁴

Los servidores públicos y órganos que componen el poder judicial del Distrito Federal son: los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, los jueces de lo civil, los jueces de lo penal, los jueces de lo familiar, los jueces del arrendamiento inmobiliario y los jueces de paz (art. 2o.).

El Distrito Federal tiene un solo partido judicial en los términos del art. 5o. de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, cuya extensión y límites estarán fijados por la ley administrativa correspondiente.

Los auxiliares de la administración de justicia son: la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal; el Consejo de Menores; el Registro Civil; el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; los peritos médico legistas; los intérpretes oficiales y demás peritos en las ramas que les sean encomendadas; los síndicos e interventores de concursos y quiebras; los albaceas, interventores, depositarios, tutores, curadores y notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes; los agentes de la Policía Preventiva y Judicial, y todos los demás a quienes las leyes les confieran este carácter (art. 4o.).

²¹⁴ Véase cap. 35.

La designación de magistrados es hecha por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a propuesta del jefe de gobierno del Distrito Federal, con la opinión del Consejo de la Judicatura. Los jueces de primera instancia y los jueces de paz deberán designarse por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Los arts. 43, 44 y 45 señalan la competencia de las Salas del Tribunal Superior de Justicia en materia civil, penal y de lo familiar. Asimismo, se señalan las facultades del presidente del citado tribunal superior (arts. 34, 36 y 37).

Los arts. 50-55 establecen la competencia de los distintos juzgados de primera instancia de lo civil, de lo familiar, de arrendamiento inmobiliario y en materia penal.

Las funciones del secretario de acuerdos se encuentran señaladas en los arts. 57-58 y las de los secretarios actuarios se establecen en los arts. 61 y 62.

El título séptimo contiene el arancel que deben cobrar por servicios prestados los abogados, interventores y albaceas judiciales, los depositarios, los intérpretes y traductores, los peritos y los árbitros (arts. 126 y siguientes).

Las dependencias del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son: el Archivo Judicial del Distrito Federal y Registro Público de Avisos Judiciales; la Dirección General de los Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial; la Unidad de Trabajo Social, Servicio de Informática y Biblioteca y Centro de Convivencia Familiar Supervisada; la Dirección General de Procedimientos Judiciales; la Dirección de Consignaciones Civiles y Oficialía de Partes Común para los Juzgados; la Dirección de Turno de Consignaciones Penales; el Instituto de Estudios Judiciales; la Oficialía Mayor; la Dirección Jurídica; la Coordinación de Relaciones Institucionales; la Dirección de Orientación Ciudadana y Derechos Humanos, y la Coordinación de Comunicación Social.

Se establece en la ley mencionada el procedimiento de sustitución de funcionarios judiciales en casos de faltas accidentales o con una duración limitada, ya sea por enfermedad, accidente o incapacidad temporal o permanente.

También se señalan las responsabilidades en que incurren los funcionarios y empleados de los órganos judiciales encargados de conocerlas y sancionarlas. Las sanciones pueden consistir en apercibimiento, penas pecuniarias o suspensión del cargo para el funcionario o empleado que resulte responsable.

A continuación presentamos un esquema de organización e integración de los órganos judiciales del Distrito Federal.

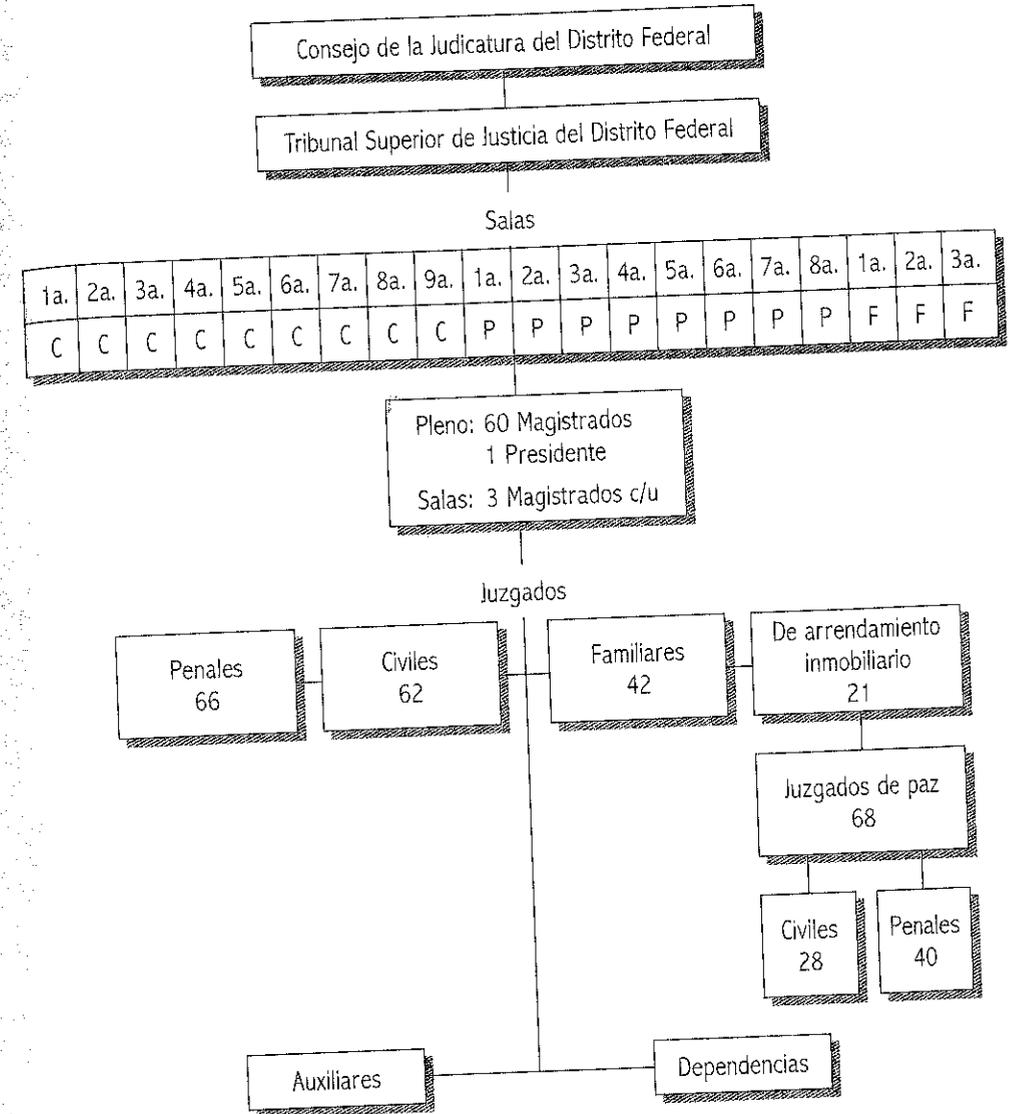


Figura 33.1. Órganos judiciales del Distrito Federal.

Órganos judiciales federales. Integración, organización y competencia

Los principios de organización y de competencia del poder judicial de la Federación están contenidos en la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*. Junto a esta ley existe otra, la *Ley de Amparo*, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Estas dos leyes son reglamentarias de los preceptos de la propia constitución, que aluden a las bases de organización, competencia y funcionamiento del poder judicial federal. La reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 ha impreso un nuevo carácter a la estructura, organización y competencia del poder judicial de la Federación y la *Ley Orgánica* mencionada ha sufrido reformas para adaptarse al nuevo texto constitucional, según decreto publicado en el *Diario Oficial* el 26 de mayo de 1995.

Las funciones del poder judicial federal son de control de constitucionalidad, de control de legalidad y de aplicación de leyes nacionales y federales.

El poder judicial federal está integrado por las autoridades siguientes, de conformidad con el art. 1o. de la *Ley Orgánica* citada:

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación
- El Tribunal Electoral
- Los Tribunales Colegiados de Circuito
- Los Tribunales Unitarios de Circuito
- Los Juzgados de Distrito
- El Consejo de la Judicatura Federal
- El Jurado Federal de Ciudadanos
- Los Tribunales de los estados, del Distrito Federal, en los casos previstos por el art. 107, fracc. XII, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,

y en los demás en que, por disposición de la ley deben actuar en auxilio de la justicia federal.

En el esquema que aparece al final de este capítulo se aprecia la distribución de las competencias.

El juicio de amparo y el poder judicial federal están íntimamente ligados. En el amparo, el particular quejoso interviene siempre a manera de actor y la autoridad de la que se reclama algún acto cumple el papel de parte demandada. El juicio de amparo tiene como finalidad la protección del individuo frente a los actos arbitrarios de las autoridades, violatorios de las garantías del gobernado.

Nosotros opinamos que existen básicamente tres tipos de juicios de amparo, dos pertenecientes al llamado *amparo indirecto*, y el otro, al *amparo directo*. Dichos tipos de amparo son:

1. El amparo directo o uniinstancial, dirigido contra sentencias definitivas de los tribunales judiciales, administrativos y del trabajo, el cual guarda muchos puntos de semejanza con el recurso de casación.
2. El amparo indirecto o biinstancial, orientado contra actos de cualquier autoridad, comprendida en este aspecto la impugnación tanto de los actos ilegales como de aquellos que infrinjan directamente las normas constitucionales, entre ellas, por supuesto, las que consignan los derechos fundamentales del hombre.
3. El amparo indirecto o biinstancial contra leyes, el cual se traduce en el control de la constitucionalidad de los ordenamientos legislativos, pero siempre con efectos limitados a cada caso concreto que se plantee.

Fix-Zamudio²¹⁵ ha distinguido cinco sectores en la compleja estructura procesal del juicio de amparo mexicano: amparo de la libertad (similar al *habeas corpus*); amparo judicial o casación (con semejanzas con el recurso de casación); amparo contra leyes (control de la constitucionalidad de las leyes); amparo administrativo (con funciones de contencioso administrativo), y amparo en materia agraria ejidal o comunal (con aspectos peculiares para la tutela de los derechos de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria).

En cuanto a la función del poder judicial federal, consistente en la aplicación de las leyes federales y nacionales, remitimos a lo expuesto sobre la enunciación y clasificación de las fuentes legislativas procesales, la clasificación y enunciación de los cuerpos legislativos de carácter federal y nacional.²¹⁶ Por otra parte, de la aplicación

²¹⁵ Héctor Fix-Zamudio, "El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 23, pp. 377 y ss., 1971.

²¹⁶ *Supra*, cap. 17.

del derecho nacional cuando en la controversia sólo se afecten intereses particulares, podrá el actor, a su elección, llevar el asunto respectivo ante los jueces y tribunales del orden común o ante los tribunales de la Federación, en virtud del fenómeno de la *jurisdicción concurrente*.²¹⁷

Con las reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, así como a la *Ley de Amparo* (estas últimas publicadas el 5 de enero de 1988), se contiene [en el párr. segundo del inc. *d*) de la fracc. V y en el párr. segundo del inc. *b*) de la fracc. VIII del art. 107 constitucional] lo que se ha denominado *facultad de atracción*, que convierte excepcionalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un órgano de control de la legalidad, colocándola en una situación de incongruencia con el carácter de "tribunal de control constitucional".²¹⁸

Podemos resumir la competencia de los órganos del poder judicial federal de la manera siguiente: corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de aquellos casos que se vinculan con una cuestión constitucional directa (con la salvedad de la facultad para aplicar leyes federales y de ejercitar su potestad de atracción). Al Tribunal Electoral le corresponde resolver las controversias que se susciten por la aplicación de las leyes electorales, a excepción de las impugnaciones sobre la inconstitucionalidad de dichas leyes (este Tribunal se incorporó al poder judicial federal merced a la reforma constitucional de 1996). A los Tribunales Colegiados de Circuito les competen exclusivamente los amparos que versen sobre cuestiones de legalidad. Los Tribunales Unitarios de Circuito se limitan simplemente a aplicar leyes federales en apelación, los Juzgados de Distrito tienen la doble función de aplicar leyes federales y conocer de amparos que versen sobre cuestiones de legalidad. Por último, el Jurado Federal de Ciudadanos solamente es aplicador de leyes federales en algunos delitos específicos.

Además, los casos en que debe intentarse ante alguno u otro de los mencionados órganos de la acción de amparo están determinados en la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* y por la *Ley de Amparo*, y son ordenamientos que prevén la competencia y las excepciones a la misma de cada uno de ellos, cuestiones que en detalle serían materia de los cursos de derecho procesal civil y de amparo.

Los aspectos sobresalientes de la reforma constitucional de 1994, en materia judicial federal que merecen destacarse son:

1. La nueva estructura de la Suprema Corte de Justicia con 11 ministros y dos salas.

²¹⁷ *Supra*, cap. 20 y además *cfr.* art. 104, fracc. I-A, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

²¹⁸ Ignacio Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo*, 38a. ed., Porrúa, México, 2001, p. 395.

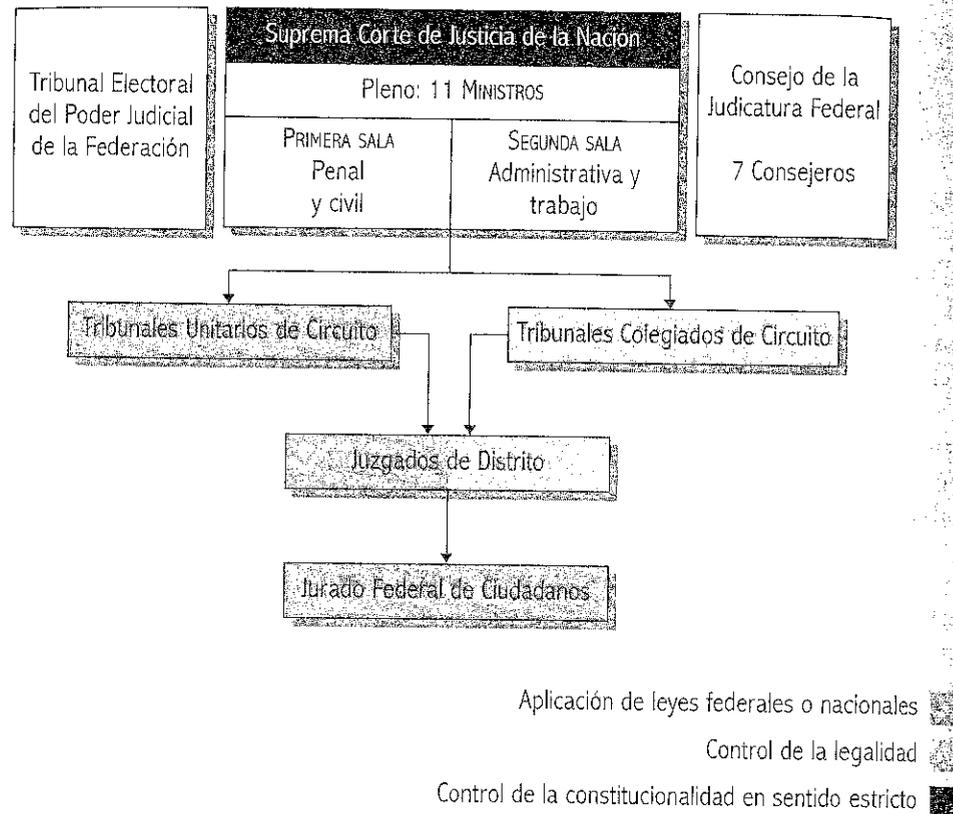


Figura 34.1. Poder judicial federal.

2. La creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración, control y vigilancia del resto de los órganos judiciales federales, a excepción de la Suprema Corte.
3. La creación de la acción específica de inconstitucionalidad.

35

Carrera judicial. Sistema de selección y ascenso y garantías del juzgador

Al referirnos²¹⁹ a los sistemas de nombramiento de los jueces planteamos las preguntas sobre quién designa y cómo se designa. También advertimos que la segunda pregunta es quizá de mayor importancia que la primera; en virtud de que lo más importante es que exista institucionalmente un sistema de selección y ascenso de los miembros o titulares de los órganos jurisdiccionales. Nosotros pensamos, siguiendo las ideas de otros autores, que para que pueda hablarse de la existencia de una genuina y verdadera carrera judicial se requieren dos condiciones:

1. Un sistema institucional de designación y de ascenso de los titulares de los órganos jurisdiccionales.
2. Que los titulares de los órganos jurisdiccionales cuenten, para el eficaz desarrollo de su función, con una serie de garantías económicas y sociales, y de autonomía e independencia.

Si no se dan plenamente los dos requisitos, no puede afirmarse que exista la carrera judicial.

Aunque no podemos afirmar todavía la existencia en nuestro país de una auténtica carrera judicial, se han dado pasos positivos indudables al establecerse en el Distrito Federal un incipiente sistema de designación y al producirse la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994 que ya menciona la carrera judicial y da bases firmes para su establecimiento.²²⁰

²¹⁹ *Supra*, cap. 31.

²²⁰ *Cfr.* arts. 187 a 194 de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, arts. 77 y 83 del *Estatuto de Gobierno del Distrito Federal*, arts. 112 a 128 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la*

Por otro lado, muchas veces se ha querido ver como carrera judicial el simple paso o tránsito por los puestos o cargos de menor jerarquía a los de mayor jerarquía, con un criterio que se limita a ser escalafonario. Este criterio escalafonario en materia judicial implicaría el paso por los cargos siguientes: actuario del Poder Judicial de la Federación, secretario de Juzgado de Distrito, secretario de tribunal de Circuito, subsecretario de acuerdos de Sala, secretario de acuerdos de Sala, secretario de estudio y cuenta de ministro, subsecretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, secretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, juez de Distrito, magistrado de Circuito, de acuerdo con la *Ley Orgánica del Poder Judicial Federal*, y pasante de derecho, secretario actuario, secretario de Juzgado de Paz, secretario proyectista de Juzgado de Primera Instancia, secretario conciliador, secretario de acuerdos de Primera Instancia, secretario de acuerdos de Sala, secretario proyectista de Sala, juez de Paz, juez de Primera Instancia y magistrado, de acuerdo con la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*.

Independientemente de que en nuestro sistema dicho criterio escalafonario no se aplica rigurosamente, cabe pensar que aun haciéndolo el puro sistema escalafonario no produciría una genuina o verdadera carrera judicial, entre otras causas, porque las designaciones de jueces no siempre deben ser hechas con un criterio hermético, centrado en los funcionarios judiciales, es decir, sobre personas que pertenezcan previamente al poder judicial. Para que el poder judicial esté abierto a la realidad y a las tendencias externas positivas, los sistemas de selección y de ingreso que se establezcan deben alternarse entre ser abiertos (para candidatos de dentro o fuera de dicho poder) y ser cerrados (para candidatos exclusivamente ya pertenecientes al mismo).

Ahora bien, si hemos afirmado que la carrera judicial solamente existirá cuando se den las dos circunstancias que caracterizan a un sistema institucional de designación y ascenso, y con el establecimiento de garantías sociales y económicas y de libertad y autonomía, nos referiremos en seguida a lo que dicho sistema pensamos que debe ser, así como al contenido y extensión de las garantías que deben rodear al juzgador.

En nuestro país las designaciones de los más importantes servidores judiciales, ministros de la Suprema Corte de Justicia y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal son hechas, en el primer caso, por el Senado a proposición de ternas enviadas por el presidente de la república, y en el segundo, el jefe de gobierno del Distrito Federal someterá la propuesta respectiva a la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Federación y arts. 100, párr. séptimo, 122, inciso C, Base cuarta, fracc. IV y último párr. de la fracc. II, 116 fracc. III y 97, párr. cuarto de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Las designaciones del resto de los servidores judiciales, magistrados federales, jueces de distrito y jueces de los estados se realizaban sin sometimiento a ningún sistema institucional, lo que daba plena justificación a críticas agudas. "Tenemos que lamentar que motivos políticos, de amistad, turno de magistrados, influencias sindicales, etc., sean los que en ocasiones decidan el nombramiento de los jueces."²²¹ Tales extremos ocasionaron la rigurosa reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, la que, como dijimos, establece los Consejos de la Judicatura en los niveles federal y distrital y da las bases para que quede final y felizmente establecida en nuestro país una genuina carrera judicial.

Sistemas de selección

Como hemos sostenido, uno de los requisitos de la carrera judicial es que haya un sistema institucional de designación y ascenso de sus funcionarios. Nos adherimos al sistema de oposiciones y concursos postulado por Flores García,²²² que regula la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, y que también establece la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*.²²³

Estamos tan convencidos de la bondad del sistema, que nos atrevemos a sugerir que para el ingreso a la carrera judicial, debería de someterse a los aspirantes a una prueba selectiva, a ejercicios y exámenes que permitieran al jurado o tribunal calificador [apreciar] los conocimientos y la preparación, el criterio y la intuición jurídicas de los examinados [...] los aspirantes deben reunir requisitos como el de poseer un grado profesional, edad mínima o máxima, antecedentes que hagan presumir su moralidad, etcétera. El jurado deberá integrarse por personas de prestigio y solvencia moral y profesional, cuya función calificadora esté exenta de dudas acerca de intervenciones o influencias de partido, de interés, compromisos, etcétera. Este tribunal calificador apreciaría y decidiría el triunfo de las personas que hubieran presentado las oposiciones. Para el caso de los jueces federales, los miembros podrían ser: el presidente de la Suprema Corte de la Nación, el director de una escuela o Facultad de Derecho de reconocimiento nacional y un representante de las agrupaciones profesionales. Respecto de los

²²¹ Fernando Flores García, "Implantación de la carrera judicial en México", en *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1960.

²²² *Ibid.*, pp. 366 y 367.

²²³ En la versión inicial de la anterior *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, el art. 92 exigía el examen de oposición a los jueces de distrito. Tal disposición, que era violada reiteradamente por los señores ministros de la Corte, fue derogada según decreto publicado en el *Diario Oficial* el 10 de enero de 1986. Por ello, la reforma de 1994 tuvo un efecto reivindicador al restablecer el examen de oposición.

funcionarios del Distrito [...] la integración del jurado podría hacerse por el presidente del Tribunal Superior, con el director de una escuela o Facultad de Derecho local y con un representante de las asociaciones de profesionistas. Por lo que toca a los jueces locales, pensamos que debe buscarse una fórmula parecida.

Sin embargo, no todas las opiniones están en favor del sistema de concurso como método exclusivo para el ingreso a los puestos de la judicatura. Se ha considerado que

[...] la carrera judicial debe llenar los requisitos de alta dignidad, flexibilidad y atractivo, tanto para los aspirantes cuanto para quienes ya se encuentran en ejercicio de la misma en cualquiera de sus diferentes puestos. La dignidad de la carrera judicial deberá ser una resultante de los elementos de influencia recíproca, los cuales son: la calidad de las personas que la desempeñan, procurada a través de adecuados medios de selección, por una parte, y por la otra, el respeto, la elevada consideración y la obsecuencia que la sociedad entera otorga a los elementos de la judicatura. Por flexibilidad de la carrera debe entenderse aquella diversidad razonable de caminos que se precisen como los más idóneos para ingresar en ella, en contraste con el sistema de rigidez, que postulara una fórmula única para el mismo objeto. El sistema de concurso en sus diversas formas se presta a decisiones falibles no obstante ser recomendable en principio, por lo que no resulta aconsejable como método exclusivo. Convendrá posibilitar el tránsito de unos a otros puestos de la judicatura, así como el ingreso en ella de personas procedentes de otras posiciones profesionales, siempre, claro está, mediante la satisfacción de requisitos reglamentarios [...] la movilidad del personal, aun dentro de situaciones equivalentes en jerarquía, evita la perpetuación, muchas veces traducida en auténtica fosilización de los elementos que perduran invariablemente en un mismo cargo, y facilita la más saludable y conveniente renovación de los factores personales. Por último, sería a mi entender pertinente la proposición del retiro obligatorio de la carrera judicial para las personas que hubieran alcanzado la edad límite.²²⁴

Garantías del juzgador

Como se recordará, hemos dicho que para la existencia de una verdadera carrera judicial, además del sistema institucional de ingreso y de ascenso en los puestos de la judicatura, el titular del órgano jurisdiccional debe estar protegido y rodeado de una serie de garantías que, fundamentalmente, deben ser económicas, sociales y de independencia y autonomía en el ejercicio del cargo.

¿Cómo se dan estas tres garantías para que exista una verdadera carrera judicial?

²²⁴ Ignacio Medina, "Implantación de la carrera judicial en México", en *Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1960, pp. 517 y 519.

Garantías económicas

Si los jueces y titulares de los órganos judiciales tienen salarios miserables, seguramente que no pueden desempeñar su cargo con la dignidad debida y esto propiciará actos de prevaricación.

El juez debe tener garantías de naturaleza económica, que le permitan consagrarse sin preocupaciones materiales de manera cabal a la compleja y noble tarea de aplicar el derecho. En primer lugar, resulta inobjetable que debe retribuirse, si no con la esplendidez del juez inglés, en ocasiones fuera de las posibilidades presupuestales, o del criterio de algunos países, sí con percepciones que le hagan posible una vida cómoda y decorosa, dado el prestigio social con que debe revestirse a tan delicada función. No falta quien arguya que jamás podrá pagarse un salario, por alto que éste sea, que haga desaparecer el peligro de tentar al funcionario judicial hacia el cohecho. Sin embargo, preguntamos: ¿no es mayor riesgo, cuando el juez recibe un sueldo que le impide satisfacer siquiera sus más apremiantes necesidades?²²⁵

Por otra parte, no debe olvidarse que estamos postulando una carrera judicial integral. Por ello, el pago decoroso al servidor judicial no es sino una sola de las piedras del edificio de dicha carrera judicial. El pago decoroso por sí solo no viene a solucionar el problema de la ineptitud y de la corrupción de los funcionarios judiciales, es decir, junto al pago decoroso se requiere el sistema riguroso de selección y la implantación de las otras garantías a que haremos referencia en seguida.

Garantías sociales

Las garantías de tipo social tienen, en el fondo, un contenido económico. Entendemos por garantías sociales toda esa gama de prestaciones a que tienen derecho no sólo los titulares de los órganos judiciales, sino todos los servidores públicos y, en última instancia, todos los trabajadores y toda la población de un país. Estas prestaciones sociales consisten en el derecho al servicio médico, a los préstamos de largo plazo para resolver problemas habitacionales, el derecho a la jubilación por vejez o a recibir una pensión también por enfermedad o incapacidades de tipo permanente. Con un buen sistema de seguridad social se protege al juez, porque se le permite tener mayor independencia, autonomía y dignidad. Si cuenta con atención médica rápida y eficaz para él y su familia; si por otra parte con un trámite sencillo y fácil, también puede obtener préstamos de corto plazo para cualquier necesidad apremiante, y si está posibilitado para obtener solución a su problema habitacional,

²²⁵ Fernando Flores García, *op. cit.*, p. 356.

y goza, finalmente, de la tranquilidad de que al llegar a cierta edad o al sufrir alguna incapacidad, ni él ni su familia se verán en apuros económicos, junto con los demás factores comentados en este capítulo, le será posible el desempeño de su delicada función con independencia y con dignidad.

Garantías de independencia y de autonomía en el ejercicio del cargo

Este punto es verdaderamente conclusivo. El titular del órgano jurisdiccional podrá desempeñar con libertad y autonomía su función, si su propia designación ha obedecido a un sistema institucional y si está rodeado de las garantías económicas y sociales ya señaladas. No obstante lo anterior, existen aspectos específicos que vendrán a robustecer o a fijar todavía más los aspectos de autonomía e independencia en el desempeño del cargo. En cuanto a este ángulo, Flores García escribió:

No sólo debe ser la función del juez independiente de la influencia de organismos externos, sino de los elementos de la propia judicatura que ocupan los cargos superiores, que pretendieran aconsejar, insinuar, intimidar a los inferiores con el pretexto de la jerarquía administrativa y disciplinaria. Es necesario que todos los jueces resuelvan siempre los asuntos que se ventilan ante ellos con el mismo grado de libertad y de respeto establecidos por la ley. Tampoco puede pasar inadvertido que el funcionario judicial debe estar amparado contra el impacto producido por las actividades delictivas de las partes del juicio; contra las dádivas, ofrecimientos, violencia, amenazas, etc., de los justiciables.²²⁶

El juez debe estar protegido para que pueda desempeñar su función con absoluta libertad e independencia y sin que interfieran o pretendan interferir en ella los miembros de los poderes ejecutivo o legislativo ni sus propios superiores jerárquicos, los sindicatos, la Iglesia ni ningún otro grupo de presión, para usar esta expresión en boga. Al respecto, y como una medida que puede adoptarse entre otras para asegurar esa autonomía y esa independencia del juzgador, se ha establecido en algunos sistemas lo que se denomina la *inamovilidad judicial*, que debe entenderse como el derecho del titular del órgano jurisdiccional a no ser removido ni cambiado de su puesto por razones meramente administrativas o por lo que, con un deplorable criterio burocrático, se llama *necesidades del servicio*.²²⁷ Son múltiples los casos en nuestra historia judicial en los que no ha existido la inamovilidad y en los que los jueces han sido cambiados de juzgado por razones meramente administrativas,

²²⁶ *Ibid.*, p. 358.

²²⁷ Nuestra legislación llega al extremo de sancionar este absurdo en el art. 118 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*.

aunque en el fondo el objetivo haya sido quitarlos de un juzgado o tribunal en el que conocían de un asunto delicado e importante. Las fuerzas e influencias que se han movido llegan a ser tan poderosas, que han conseguido la remoción de un juez duro para que en su lugar se ponga a otro más "comprensivo". Es claro que la inamovilidad debe limitarse a impedir que el juez sea cambiado por puras razones de tipo administrativo. En un buen sistema, la inamovilidad no significa nunca el estancamiento del juez en su cargo ni la imposibilidad de removerlo cuando existan causas justificadas para ello.

Para terminar, insistimos en que la carrera judicial no podrá lograrse cabalmente si no se dan todos los requisitos y las condiciones señalados en el capítulo. El establecimiento aislado de garantías económicas o de principios de inamovilidad judicial, para lograr la autonomía y la independencia en la función, por sí solos, destruirán la existencia de una genuina carrera judicial si no se completan y estructuran con garantías sociales y, muy especialmente, con un sistema institucional de designación y de ascenso a los cargos de la judicatura.

Auxiliares del juzgador: autoridades, particulares y subalternos. Clasificación

Los auxiliares del juzgador se pueden clasificar en tres grupos: autoridades, particulares y subalternos.

Autoridades

Las autoridades auxiliares de la función jurisdiccional pueden, a su vez, ser otras *autoridades judiciales* o bien *otras autoridades no judiciales*. El auxilio entre autoridades judiciales lo veremos más adelante, al examinar los medios de comunicación procesal.²²⁸ Por lo que toca a las autoridades que no son judiciales y que auxilian a los tribunales, el tema no es nuevo para nosotros, pues ya lo examinamos al referirnos a la organización de los tribunales comunes en el Distrito Federal y a las autoridades judiciales federales.²²⁹ Así, la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, en su art. 4o., menciona como auxiliares: la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal, el Consejo de Menores, el Registro Civil, el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, los peritos médico legistas, los intérpretes oficiales y demás peritos en las ramas que les sean encomendadas, los síndicos e interventores de concursos y quiebras, los albaceas, interventores, depositarios, tutores, curadores y notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes, los agentes de la policía preventiva y judicial y todos los demás a quienes las leyes les

²²⁸ *Infra*, cap. 48.

²²⁹ *Supra*, caps. 33-34.

confieran este carácter. De la enunciación anterior, resulta que no todos los señalados como auxiliares son autoridades. Por su parte, la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* no hace ningún señalamiento de auxiliares de la administración de justicia. Lo cierto es que, independientemente de cualquier enunciación legal, todas las autoridades, tanto del poder ejecutivo como del poder legislativo, ya sean federales o locales, deben considerarse auxiliares de los tribunales y la función judicial. Sin embargo, ciertas autoridades o funcionarios, por la naturaleza de las labores que desempeñan, están más cerca del poder judicial y, por tanto, son auxiliares más frecuentes; así, por ejemplo, el Ministerio Público, los diversos registros (de la propiedad y del comercio, civil, federal de vehículos, de derechos de autor, etc.), los notarios, el servicio médico forense, etcétera.

Particulares

También en principio podemos afirmar que todos los particulares están obligados a auxiliar al juzgador cuando sean requeridos para ello y su auxilio no constituya una molestia infundada por parte de la propia autoridad judicial. Hay ciertos particulares cuya participación en el proceso y cuyo auxilio es de mayor importancia. Las propias partes (actor y demandado) son particulares que auxilian al juzgador en su función. También están los abogados, los cuales deben ser verdaderos auxiliares del juzgador, aunque en muchas ocasiones más bien la entorpecen. Un enfoque especial de la situación de las partes en el proceso y de sus auxiliares, o sea, de los abogados, se hará en los capítulos siguientes.²³⁰ Al lado de las partes y de sus abogados y como particulares, muy importantes, que acuden al proceso para auxiliar en el desarrollo de la función jurisdiccional, encontramos las figuras de los testigos y de los peritos particulares. Todos estos auxiliares, las propias autoridades y los particulares, abogados, peritos, testigos, etc., son los terceros, a quienes ya nos hemos referido desde que intentamos la definición del proceso, es decir, son esos terceros ajenos a la relación sustancial.²³¹

Subalternos

Estamos en desacuerdo con la idea de que "bajo esta denominación (sólo) deben comprenderse los porteros, comisarios y mozos de las diferentes dependencias ju-

²³⁰ *Infra*, caps. 37-38.

²³¹ *Cfr. supra*, cap. 21.

diciales".²³² Si bien es cierto que los porteros, los comisarios y los mozos deben considerarse como subalternos auxiliares del juzgador no son los únicos ni los más importantes de tal categoría. Entendemos por subalternos a todos los servidores y empleados que trabajan en un tribunal o juzgado, desde los secretarios hasta el comisario o mozo, pasando por los taquígrafos, los mecanógrafos, los archivistas y demás empleados. Todos ellos son auxiliares subalternos del juez.

La figura más importante en una oficina judicial es la del secretario, al grado tal que un tribunal puede funcionar sin el juez pero no sin el secretario, porque éste tiene la función de fedatario y es el pivote de la actividad del tribunal. Todas las actuaciones judiciales deben ser presenciadas por un secretario, el que debe estampar su firma junto con la del juez, pues de lo contrario la resolución o actuación no será formalmente válida.

La figura del secretario tiene como antecedente la del escribano. Por ello, antes de aparecer la escritura, es difícil pensar en la figura del secretario, aunque en los procesos primitivos deben haber existido fedatarios, a manera de testigos, que presenciaban las diligencias y el desenvolvimiento del proceso. El antiguo escribano desarrollaba las actividades que ahora están diferenciadas. Así, el escribano era el que ahora entendemos por secretario judicial y por notario (en Argentina al notario se le sigue denominando *escribano público*). Los antecedentes históricos de estos funcionarios son abundantes y antiguos desde los famosos escribas hebreos, pasando por los diversos funcionarios romanos encargados de hacer anotaciones, hasta llegar a la figura del moderno secretario judicial. Las atribuciones y obligaciones de estos funcionarios se establecieron ya con todo detalle en las *Partidas* y en la *Novísima Recopilación*.

Sus clases y atribuciones varían según la jerarquía del tribunal. En líneas generales les corresponde:

1. Dar cuenta de las pretensiones deducidas por las partes o de los nuevos asuntos planteados.
2. Informar acerca del estado de cada causa.
3. Anotar la presentación de los escritos.
4. Extender y autorizar las providencias, autos y sentencias que pasen ante ellos, y firmar las comunicaciones que se dirijan a otras autoridades.
5. Custodiar todas las causas.
6. Archivar las concluidas o caducadas.
7. Regular las costas.
8. No dar copia certificada ni testimonio sino con orden del juez o tribunal a que pertenezca.

²³² *Cfr.* Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 121.

9. Guardar secreto en cuanto corresponda.
10. Ser imparciales con cuantos tengan pretensiones pendientes.
11. Llevar determinados libros, para consulta y constancia de los procesos y su estado.²³³

Actualmente, hay varios tipos de secretarios en razón de las diversas clases de actividades que les toca desempeñar:

- Secretario administrativo
- Secretarios proyectistas
- Secretarios de acuerdos
- Secretario conciliador
- Los secretarios actuarios

El secretario administrativo vigila el buen desempeño de las actividades del tribunal. En nuestro sistema esta función es desempeñada por el llamado *secretario de acuerdos*, que es el jefe inmediato de todo el personal y el que debe vigilar que éste llegue a tiempo y cumpla con todas sus obligaciones. Una enumeración de las diversas funciones administrativas que tocan a un secretario de acuerdos en los juzgados de la Administración de Justicia Local en el Distrito Federal, lo da la propia *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*²³⁴ al disponer que dicho funcionario, además de las atribuciones que corresponden a todo secretario de acuerdos, será el jefe inmediato de la oficina en el orden administrativo, dirigirá las labores de ella conforme a las instrucciones del propio juez y lo suplirá en sus ausencias, cuando no excedan de un mes.

El secretario proyectista tiene como encomienda principal la de preparar los proyectos de sentencias, o ponencias, para someterlos a la consideración del juez, en el caso de que el tribunal sea unipersonal o a la consideración de los diversos miembros del tribunal, si éste es pluripersonal o colegiado. Por regla general, todo juzgado o tribunal cuenta con este tipo de secretarios especializados que se dedican a redactar los proyectos de sentencias, una vez que se ha cerrado la instrucción. Un ejemplo de secretarios proyectistas son los llamados secretarios de estudio y cuenta, adscritos a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, cuya labor fundamental es precisamente la de preparar los proyectos de las sentencias para que, una vez revisados y aprobados por el ministro correspondiente, se sometan en sesión pública a los demás miembros ministros de la sala para su discusión y aprobación.

²³³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, t. IV, p. 19; voz: *Secretario Judicial*; cfr. t. II, p. 92, voz: *Escribano*.

²³⁴ Art. 57.

En el sistema judicial común del Distrito Federal²³⁵ son obligaciones del secretario de acuerdos formular los proyectos de acuerdo, realizar emplazamientos y notificaciones cuando lo ordene el juez; dar cuenta diariamente a sus jueces bajo su responsabilidad y dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación ante la oficialía de partes del juzgado, con todos los escritos y promociones, en los negocios de la competencia de aquellos, así como de los oficios y demás documentos que se reciban en el juzgado; autorizar los despachos, exhortos, actas, diligencias, autos y toda clase de resoluciones que se expidan, asienten, practiquen o dicten por el juez; asentar en los expedientes las certificaciones que procedan conforme a la ley o que el juez ordene; asistir a las diligencias de pruebas que debe recibir el juez de acuerdo con las leyes aplicables; expedir las copias autorizadas que la ley determine o deban darse a las partes en virtud de decreto judicial; cuidar que los expedientes sean debidamente foliados, utilizando, para el efecto, el equipo que permita imprimir de forma permanente dicho folio y el material aprobado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal para la integración de los expedientes. Al agregar o sustraer alguna o algunas de las hojas de éstos, asentar razón con motivo de la causa, sellando las actuaciones, oficios y demás documentos que lo requieran, rubricando aquéllas en el centro del escrito; guardar en el secreto del juzgado los pliegos, escritos o documentos y valores cuando así lo disponga la ley; inventariar y conservar en su poder los expedientes mientras se encuentren en trámite en el juzgado y entregarlos con las formalidades legales, cuando deba tener lugar la remisión; notificar en el juzgado, personalmente a las partes, en los juicios o asuntos que se ventilen ante él, en los términos del art. 123 y demás relativos del *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal*; cuidar y vigilar que el archivo se arregle por orden alfabético, de apellidos del actor o del promovente en asuntos de jurisdicción voluntaria; remitir los expedientes al Archivo Judicial, a la superioridad o al sustituto legal, previo registro en sus respectivos casos; ordenar y vigilar que se despachen sin demora los asuntos y correspondencia del juzgado, ya sea que se refiera a negocios judiciales del mismo o al desahogo de los oficios que se manden librar en las determinaciones respectivas, dictadas en los expedientes; tener a su cargo, bajo su responsabilidad y debidamente autorizados para su uso, los libros de control del juzgado, designando, de entre los empleados subalternos del mismo, al que debe llevarlos; conservar en su poder el sello del juzgado; ejercer bajo su responsabilidad, por sí mismo o por conducto de los servidores públicos de la administración de justicia subalternos, la vigilancia que sea necesaria en la oficina, para evitar la pérdida o extravío de expedientes. En cada juzgado existirá una mesa que controlará su ubicación y distribución, que sólo se mostrarán mediante el vale de resguardo

²³⁵ Cfr. art. 58 de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*.

respectivo previa identificación, el cual será sellado a la devolución del expediente y entregado en la mesa de salida del juzgado; y las demás que les confieran las leyes y los reglamentos.

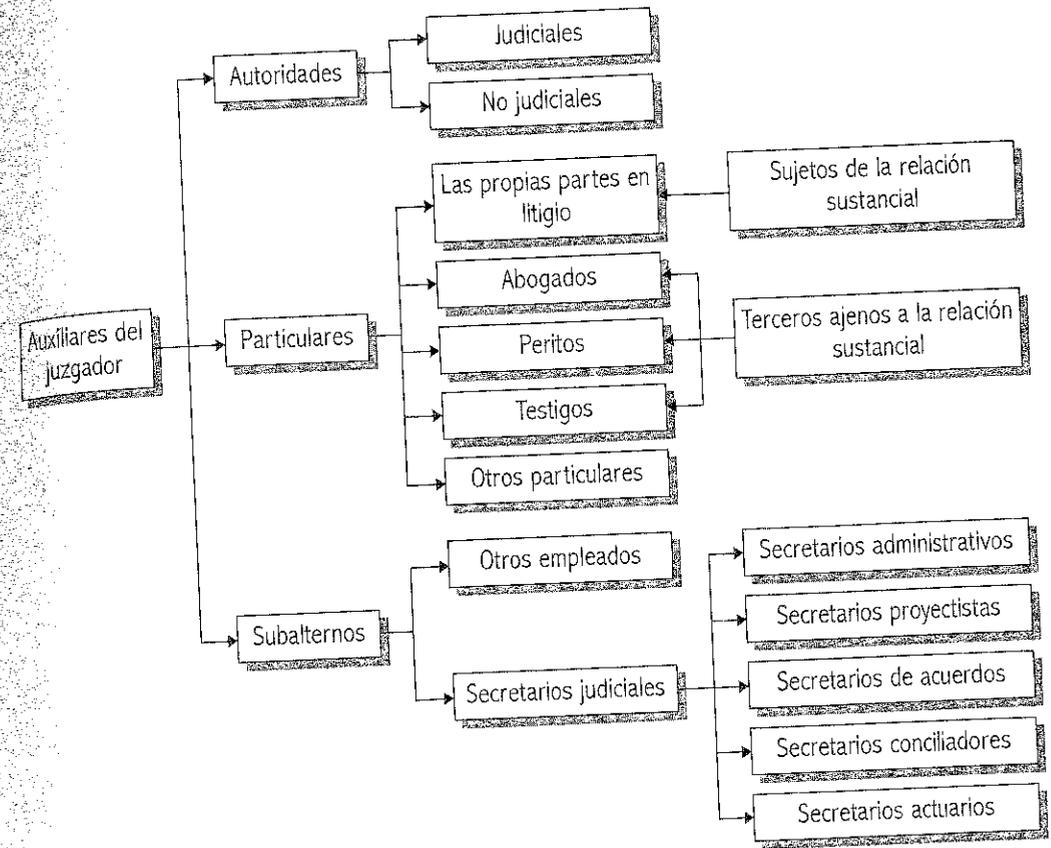
Son atribuciones de los secretarios conciliadores: estar presentes en la audiencia de conciliación, escuchar las pretensiones de las partes y procurar su avenencia; dar cuenta de inmediato al titular del juzgado del convenio al que hubieren llegado los interesados para efectos de su aprobación, en caso de que proceda, y diariamente informar al juez de los resultados logrados en las audiencias de conciliación que se les encomienden; autorizar las diligencias en que intervengan; sustituir al secretario de acuerdos en sus faltas temporales, y las demás que los jueces y la ley les encomienden, incluidos los emplazamientos y las notificaciones.²³⁶

Por último, los secretarios actuarios tienen dos funciones fundamentales: dar a conocer a las partes y a los terceros las resoluciones respectivas y asistir a todas las diligencias judiciales que deban realizarse fuera del recinto o de la casa residencia del tribunal. También la *Ley Orgánica* mencionada²³⁷ señala que tendrán las obligaciones siguientes: concurrir diariamente al juzgado de adscripción en el horario previsto; recibir del secretario de acuerdos los expedientes de notificaciones o diligencias que deban llevarse a cabo fuera de la oficina del propio juzgado, firmando en el libro respectivo; hacer las notificaciones y practicar las diligencias decretadas por los jueces, bajo la responsabilidad de la fe pública que les corresponda y dentro de las horas hábiles del día, entendiéndose por éstas las que median desde las siete hasta las 19 horas, devolviendo los expedientes dentro de las 24 horas siguientes, previas las anotaciones en el libro respectivo, y en caso de existir imposibilidad para practicar las diligencias ordenadas, deberá asentar razón de ello y devolver las actuaciones dentro de las 24 horas siguientes.

²³⁶ Art. 60 de la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*.

²³⁷ Arts. 61 y 62.

Cuadro 36.1. Auxiliares del juzgador.



La abogacía. Distinción entre la procuración y el patrocinio

Alsina, citando a Garsonnet, explica:

Llámase *abogado*, al que después de haber obtenido el grado de licenciado en derecho, prestado el juramento y justificadas las demás condiciones prescritas por la ley y los reglamentos, se encarga de defender ante los Tribunales el honor, la vida, la libertad y la fortuna de los ciudadanos. Su misión consiste en patrocinar a los litigantes en el juicio o aconsejarlos sobre los puntos de derecho que le someten. Su utilidad es cada vez más necesaria para la complejidad siempre creciente de los problemas jurídicos y la versación especial que su resolución requiere.²³⁸

Por su parte, Carnelutti distingue en la abogacía al defensor consultor (abogado patrono) del defensor activo (procurador).

Aunque el interés en litis haga a la parte en sentido material generalmente idónea para actuar en el proceso, sin embargo, esa idoneidad puede quedar menoscabada, por una parte, por la pasión, y por otra, por la inexperiencia del derecho. Un remedio a este peligro se encuentra poniendo en lugar o al lado de la parte a otra persona, que se llama *defensor* y tiene el cometido, por un lado, (de) atemperar el impulso del interés en litis, y por otro el de suministrar a la tutela de pericia necesaria. Para el segundo de dichos cometidos es suficiente que el defensor asista a la parte a manera de consultor, cuyo dictamen ella hace oír en el oficio judicial; éste es, por tanto el defensor consultor [...] para el primer cometido es necesario, en cambio, que el defensor *se sustituya a la parte en el*

²³⁸ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. II, pp. 393-394.

contacto con el oficio judicial, es decir, que comparezca en lugar de la parte; a esta hipótesis corresponde el defensor activo, el cual [...], por lo común se llama *procurador*.²³⁹

En México es necesario distinguir la figura del licenciado en derecho, de la figura del *abogado* propiamente dicho. La licenciatura en derecho no es sino un grado universitario que sirve como antecedente para obtener una autorización gubernamental para ejercer alguna de las diversas ramas de la actividad jurídica. En nuestro sistema, el abogado es un licenciado en derecho que se dedica a asesorar, patrocinar y representar a sus clientes ante los tribunales. En rigor, no todo licenciado en derecho viene a ser un abogado, aunque todo abogado debe ser licenciado en derecho, es decir, debe poseer el título respectivo. El licenciado en derecho tiene muchos campos de acción y uno de ellos es el de la abogacía, ese sector de la profesión jurídica que consiste en el asesoramiento o representación, según ya hemos dicho, de los clientes ante los tribunales. En la mayoría de los países los solos estudios universitarios de derecho no confieren a quien los ha concluido la legitimación para ejercer la profesión de la abogacía. Existen diversos sistemas para que quien ha recibido el grado universitario pueda ser admitido por los colegios de profesionistas (profesionales) y por los tribunales para desempeñar las tareas propias de esta profesión. Entre nosotros, basta la carrera universitaria y un mero trámite administrativo seguido ante una dependencia oficial para quedar autorizado a efecto de ejercer la abogacía.

La intervención del abogado en los asuntos judiciales y en los diversos procesos presenta diferentes grados de intensidad:

El abogado viene a figurar como auxiliar, patrono, asesor, consultor y en muchos casos como verdadero accionante. Auxilia a la parte, pero considerando que en el proceso penal, por ejemplo, se prevé al defensor de oficio, quien está organizado a la manera del Ministerio Público, se puede hablar de un auxiliar procesal del juzgador. Otras veces no pasa de patrocinar a los litigantes, o bien se limita a asesorarlos, y todavía cabe que se reduzca a dictaminar sobre consultas que se le hacen. Pero su intervención puede ser de tal entidad, que se convierta en un procurador judicial, que tome por su cuenta el asunto.²⁴⁰

Lo cierto es que independientemente de la existencia de esos diversos grados de intensidad de la intervención del abogado en el proceso, se distinguen dos tipos de actividades: el patrocinio y la procuración. En el patrocinio, cuyos antecedentes se encuentran en Roma, en donde el paterfamilias, para representarlos, acompañaba a los tribunales a todos los que estaban sujetos a su potestad, inclusive no familiares, o sea, a los clientes que se habían acercado a buscar su protección. En el patrocinio, el abogado se limita a asesorar, aconsejar, orientar, guiar a su cliente y, además, acom-

²³⁹ Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, t. I, pp. 186-187.

²⁴⁰ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, p. 444.

pañarlo a las diligencias o actos procesales y hablar por él. En las actas judiciales se acostumbra usar la expresión de que la parte equis o la parte zeta, "por voz de su patrono", expresa esto o lo otro. El abogado patrono nunca puede actuar solo, siempre lo hará ante la presencia de la parte en el sentido material, acompañándola, asesorándola, etc. Por el contrario, la procuración, como una intervención de mayor intensidad y grado, implica que el abogado no sólo asesore, aconseje o acompañe a la parte, sino que actúe por ella, es decir, funja como parte formal, es decir, en rigor, representa a la parte y actúa por ella.

En Europa, las dos ramas de actividad crean profesionales y especialistas diversos. En nuestro sistema el abogado actúa en unas ocasiones como procurador y en otras como patrono. Así no se distinguen, como especialidades profesionales, los procuradores de los patronos y pensamos, con Briseño Sierra, que "no hay una razón suficiente para crear una profesión que busca clientes y otra que realiza el trabajo jurídico".²⁴¹

En México, en las diversas ramas del enjuiciamiento los grados de intervención del abogado, ya sea como patrono o ya sea como procurador, presentan las características a que en seguida nos referimos.

En el juicio de amparo las partes, es decir, el

[...] agraviado y el tercero perjudicado podrán autorizar para oír notificaciones en su nombre, a cualquier persona con capacidad legal, quien quedará facultada para interponer los recursos que procedan, ofrecer y rendir pruebas, alegar en las audiencias, solicitar su suspensión o diferimiento, pedir se dicte sentencia para evitar la consumación del término de caducidad o sobreseimiento por inactividad procesal y realizar cualquier acto que resulte ser necesario para la defensa de los derechos del autorizante, pero no podrá substituir o delegar dichas facultades en un tercero. En las materias civil, mercantil o administrativa, la persona autorizada conforme a la primera parte de este párrafo, deberá acreditar encontrarse legalmente autorizada para ejercer la profesión de abogado, y deberán proporcionarse los datos correspondientes en el escrito en que se otorgue dicha autorización; pero las partes podrán designar personas solamente autorizadas para oír notificaciones e imponerse de los autos, a cualquier persona con capacidad legal, quien no gozará de las demás facultades a que se refiere este párrafo.²⁴²

Esta institución establece una verdadera procuración mediante la sola autorización para recibir u oír notificaciones. Es muy útil la figura que nos ocupa, porque la procuración se logra con una simple y sencilla autorización, por ejemplo, en el art. 72

²⁴¹ *Ibid.*, p. 447.

²⁴² Art. 27, segundo párrafo, de la *Ley de Amparo*.

de los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas. Al comentar este último, afirmamos lo siguiente:

Una disposición que nos ha llamado poderosamente la atención, es la contenida en el art. 72, en la que creemos ver, cierta influencia de lo dispuesto por el art. 27 de la *Ley de Amparo* [...] lo cierto es que el art. 72 del *Código* zacatecano, está ya configurando un genuino y verdadero abogado procurador. Los abogados estarán ya sintiendo los beneficios de tal disposición, por la cual basta la designación que la parte haga de ellos, para que puedan actuar directamente en todos aquellos actos procesales que no impliquen una disposición de los derechos litigiosos; es decir, el abogado, merced a este art. 72, ya no tendrá necesidad de andar buscando al cliente, para que le firme las promociones de mero trámite, pues una vez autorizado puede realizar todos los actos de impulso procesal, ofrecer prueba, impugnar resolución, solicitar documentos, etcétera.²⁴³

La legislación procesal civil del Distrito Federal, aunque tardíamente (reforma del 24 de mayo de 1996), acogió esta institución a través de la cual la mera autorización para oír notificaciones faculta al autorizado para realizar una serie de actos procesales en nombre y representación de la parte autorizante.²⁴⁴

En el derecho mercantil, en su aspecto cambiario o de títulos de crédito, existe la institución muy interesante del llamado *endoso en procuración*. El endosatario en procuración es también un verdadero procurador que actúa en representación de la parte sustancial.²⁴⁵

En el derecho civil, la procuración estaría establecida mediante un contrato de mandato en el cual se encomendaría al mandatario o procurador la realización de los actos de defensa de la parte en el proceso.²⁴⁶

La procuración en materia laboral también presenta ciertos rasgos de facilidad por la forma de constituirse, y ello obedece a la naturaleza social de este tipo de proceso, de defensa de los intereses de los trabajadores.²⁴⁷

En materia penal nuestro sistema constitucional establece como garantía del acusado la de que:

Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta *Constitución* y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá

²⁴³ Cipriano Gómez Lara, "El nuevo *Código de Procedimientos Civiles* del estado de Zacatecas del año de 1966", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-marzo de 1967, núm. 65, pp. 69 y 70.

²⁴⁴ Art. 112, párr. cuarto, del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

²⁴⁵ Art. 35 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*.

²⁴⁶ Arts. 2585-2594 del *Código Civil Federal* y del *Código Civil para el Distrito Federal*.

²⁴⁷ Arts. 685 y 691 de la *Ley Federal del Trabajo*.

derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.²⁴⁸

Como se aprecia, la asistencia y representación del acusado en materia penal no queda librada a su voluntad, sino que se le impone, aun contra ella, como una garantía o protección que la constitución le brinda.

Carácter obligatorio u optativo de la asistencia o representación profesional

Teóricamente se ha planteado el problema de si debe existir la asistencia profesional del abogado. En ocasiones críticas la actuación reprochable de este cuerpo profesional originó impulsos de supresión, como en las revoluciones francesa o rusa [...] El problema de su existencia y permanencia se ha decidido por ser necesaria su intervención.²⁴⁹

Lo cierto es que en nuestro sistema, fuera del caso de la fracc. IX, del apartado A, del art. 20 constitucional ya señalado, en los demás procesos es optativo para el litigante, es decir, para la parte material, hacerse o no representar o asesorar por un abogado. No existe la carga ni la obligación del patrocinio o de la procuración forzosos. El sistema presenta graves inconvenientes, aunque también, indudablemente, raíces históricas dignas de tenerse en cuenta. En efecto, imponer la carga de la representación o del patrocinio obligatorios implicaría en nuestro medio, o al menos lo implicó en una época, cerrar las puertas de la administración de justicia a todos aquellos que no pudieren pagar los honorarios de un abogado, cuando en nuestro país grandes capas de la población son de muy escasos ingresos. Por tanto, si bien es recomendable establecer la carga del patrocinio o de la representación forzosos en los procesos, para evitar las posibles injusticias económicas de tal medida, tendría que organizarse de forma adecuada y correcta la institución del patrocinio gratuito, lo que hemos llamado las *defensorías de oficio* y que, dicho sea de paso, no han cumplido hasta ahora la función tan delicada que les ha sido encomendada. El defensor de oficio es un abogado muy mal remunerado; el pobre que acude a este tipo de oficinas, no recibe en rigor un servicio gratuito, como debería de ser, porque se le cobran unos malos servicios prestados. Una defensoría de oficio que brindase el auxilio técnico de los abogados, a quienes carecen de los medios para pagarlos, debería organizarse sobre bases muy distintas, que implicasen la prestación de dicho servicio por profesionales capacitados, honorables y bien remunerados.

²⁴⁸ Art. 20, apartado A, fracc. IX, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

²⁴⁹ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. II, p. 446.

También debería de hacerse un estudio sociológico de los presuntos necesitados del servicio, porque en la actualidad los criterios de selección para decidir si se otorga o no el mismo son totalmente absurdos, al grado de que hemos sabido que si alguna persona se presenta con corbata y traje, por ese solo hecho se le niega (todo se determina por las meras apariencias en cuanto a la forma de vestir). También hemos observado que las defensorías de oficio rechazan, por ejemplo, la tramitación de divorcios voluntarios, pensando absurdamente que por dichos trámites, los interesados deberán pagar abogado particular, como si el divorciarse fuese un lujo reservado para la burguesía.

La reglamentación del ejercicio profesional en México encuentra su base en las disposiciones siguientes:

Proviene de lo dispuesto por los arts. 4o. y 5o. constitucionales, según los cuales no puede impedirse a persona alguna que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos [...] la ley reglamentaria de estos preceptos, relativa al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal comienza por expresar en su artículo 1o., que se entiende por título profesional el documento expedido por una de las instituciones autorizadas y mediante los requisitos que se exigen en esta ley y en las demás relativas a favor de la persona que ha comprobado haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer una de las profesiones a que se refiere el artículo siguiente.²⁵⁰

Briseño Sierra hace un muy detallado análisis del contenido de la *Ley Reglamentaria* del art. 5o. constitucional en materia de profesiones, en el Distrito Federal,²⁵¹ refiriéndose también a los arts. 44 y ss. del citado ordenamiento, en los cuales se alude a los colegios de profesionales. A ese respecto trataremos adelante el punto relativo a la colegiación de los abogados.

Los colegios, barras u organizaciones de abogados

En otros países las organizaciones de abogados o barras son de suma importancia, al grado de que en el sistema anglosajón se habla del examen de barra, que el egresado de las escuelas de derecho, quien ya ha practicado durante varios años y después de haber cumplido ciertos requisitos, presenta ante la barra o asociación profesional, la cual, según el resultado del examen, otorga la autorización para el ejercicio de la abogacía. De ello se concluye que si no está autorizado e inscrito en la barra

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 449 y 450. (En la actualidad en el nivel constitucional, únicamente el art. 5o. regula estas cuestiones.)

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 450 y siguientes.

no se puede ejercer la profesión. Estas barras o asociaciones de abogados encuentran sus antecedentes en los gremios europeos de la Edad Media, que eran organismos de defensa y ayuda mutua de sus miembros. Por la Revolución francesa, las organizaciones gremiales desaparecen y sólo subsisten algunas, como son precisamente las de profesionales. Las barras o asociaciones tienen la función de vigilar el ejercicio correcto de las profesiones por parte de sus miembros, exigiéndoles que observen una ética profesional adecuada. La barra salvaguarda el buen nombre y el prestigio de la profesión respectiva.

Independientemente de la muy deficiente reglamentación que la ley da a estos colegios de profesionales, permitiendo inclusive que existan en el Distrito Federal hasta cinco de cada rama profesional, con un mínimo de 100 miembros por cada colegio, la colegiación es optativa para los profesionales y mientras no se establezca un solo colegio obligatorio, regido por una ley y que además haga obligatoria la inscripción de todos los abogados, continuará la situación que venimos adoleciendo hasta el presente, en la que los colegios son instituciones que no cumplen debidamente las funciones para las cuales fueron creados y las que la ley les señala. En rigor, aunque en estos intentos de organización haya actitudes encomiables de buena fe y de buenos propósitos, los colegios agremian a un muy bajo porcentaje de abogados y no pasan de ser meros clubes sociales o, en el mejor de los casos, asociaciones culturales en cuyos actos no participan activamente todos los miembros registrados. En otras ocasiones, se forman en estos colegios verdaderos grupos o castas muy cerrados y herméticos de profesionales egresados de determinadas escuelas de derecho con intereses y con posturas ideológicas y de idiosincrasia muy bien definidas. Son gremios de estructura medieval, anacrónicos y que no cumplen la misión tan delicada que le corresponde a una asociación de profesionales en el presente. Por ello, reiteramos que la única solución radica en que se establezca por ley un solo colegio y que para el ejercicio de la abogacía sea necesario, indispensable, que el abogado sea admitido y registrado en dicha organización. Así, postulamos la colegiación obligatoria de los profesionales que ejercen la abogacía. Este nuevo tipo de colegio o asociación profesional romperá con moldes y vicios. Pero para lograrlo habría que reformar la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la cual postula una libertad de asociación muy amplia e irrestricta.²⁵²

²⁵² Art. 9o. constitucional.

Parte formal y parte material. Su distinción

El concepto de *parte* no es exclusivo del derecho procesal. La palabra, en su sentido lógico, implica alguno de los elementos de un todo.

Desde el punto de vista jurídico se refiere a los sujetos de derecho, es decir, a los que son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones. Así, en el contrato las partes son sus creadoras, son las que intervienen en su celebración y las que se benefician o perjudican con sus efectos. También en cualquier relación jurídica se puede hablar de sus partes, o sea de los sujetos vinculados por dicha relación.

El concepto de *sujeto procesal* es más amplio que el de parte y, a su vez, el concepto de *parte formal* es más amplio que el de *parte material*. Así, son sujetos del proceso el juez, los peritos, los testigos, otra serie de auxiliares de la función jurisdiccional y las propias partes. Las partes en sentido formal lo pueden ser las propias partes en sentido material, en cuanto estén capacitadas, por sí, para actuar en el proceso persiguiendo una resolución jurisdiccional, la cual podrá afectarlas concretamente y de forma particular en su esfera jurídica, pero son, además, partes formales aquellos sujetos del proceso que, sin verse afectada concretamente y de forma particular su esfera jurídica por la resolución jurisdiccional que resuelva la controversia o conflicto, cuenten con atribuciones conferidas por la ley²⁵³ para impulsar la actividad procesal con objeto de obtener la resolución jurisdiccional que vendrá a afectar la esfera jurídica de otras personas: las partes materiales. "Todo proceso civil, penal o de cualquier otro orden, supone tres sujetos fundamentales, dos que contienden y uno tercero que decide la controversia. En principio, por parte debemos entender los

²⁵³ Cfr. art. 1o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

sujetos de la acción, en contraste con el sujeto del juicio, o sea el juez. Partes son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate.²⁵⁴

Si bien son tres los sujetos fundamentales de todo proceso, dos que contienden y un tercero que decide, esto de ninguna forma entraña que tales tres sujetos sean los únicos, pues participan otros sujetos, extraños a la relación sustancial pero no a la relación procesal formal. Tal es el caso de los testigos y peritos y también el de las partes en sentido puramente formal. Es claro que ambas calidades de parte material y de parte formal, pueden coincidir en la misma persona y ello es harto frecuente en la realidad; pero no implica que tal coincidencia siempre se dé.

Lo esencial de la parte en el sentido procesal es que sea un sujeto que reclame o inste, para sí o para otro, o que esté en posibilidad de reclamar una decisión jurisdiccional respecto de la pretensión que en el proceso se debate. En sentido procesal, para ser parte no basta la sola personalidad jurídica, sino que debe tenerse la capacidad de ejercicio, entendida ésta como la posibilidad de efectuar válidamente actos jurídicos en beneficio, o perjuicio propio o ajeno.

Existe una lamentable confusión respecto de los conceptos de parte material y parte formal. No menos deplorable es el hecho de que con mucha frecuencia se alude a la parte material en lugar de la formal o viceversa. En virtud de una pureza terminológica y metodológica deben precisarse y limitarse los alcances de ambos vocablos:

Se ha formulado un concepto sustancial por el que se quiere hacer coincidir el concepto de parte con el de sujeto de la relación jurídica sustancial o material. Frente a éste se ha construido un concepto de carácter formal, es decir, pura y simplemente procesal. Además de estas teorías extremas tenemos las que según las cuales es parte el que solicita en nombre propio la actuación de la voluntad de la ley [...] Tiene importancia la determinación del concepto de parte para la solución de diversos problemas relativos a la cosa juzgada, litispendencia, responsabilidad procesal, poderes, deberes y cargas procesales, etcétera.²⁵⁵

Si se alude a la parte, afirmando que es aquella que en nombre propio solicita la actuación de la ley, se hace referencia al mero aspecto material, porque formalmente lo será, según lo hemos manifestado, no sólo aquel que solicite la actuación de la ley a nombre propio, sino también a nombre o representación de otro, proviniendo tal carácter de alguna disposición legal o de un acto contractual por cuyo medio se confiera la representación procesal o por algún tipo de designación o nombramiento.

²⁵⁴ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene (hijo), *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 7-9.

²⁵⁵ Ricardo Reimundin, *Derecho procesal civil*, Viracocha, Buenos Aires, 1956, t. I, pp. 187 y 188.

Limitar la designación de parte²⁵⁶ a las personas que son sujetos del nexo sustancial es ignorar el verdadero sentido de la parte procesal, que por esencia es formal. Pensamos que los titulares del carácter de parte formal sí pueden ser los representantes y todos aquellos que tengan la o las atribuciones para impulsar el proceso y tener un efecto en sus propias esferas jurídicas o las ajenas. Por eso es sumamente útil e importante precisar la distinción entre los conceptos de parte formal y parte material:

A todo esto sirve la definición de "parte" litigante y accionante. La primera unidad corresponde a quien demanda por sí o por medio de otro el accertamiento del vínculo de responsabilidad (sea en beneficio propio o de un tercero como en el caso de la representación). La segunda (accionante), a quien promueve instando [...] en el proceso, y que demanda para sí o para otro (que a su vez puede ostentar la representación de un tercero).²⁵⁷

La distinción entre los conceptos de parte formal y parte material ha sido ampliamente estudiada por la doctrina. El concepto de parte es de carácter formal, ya que las partes no han de ser necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertidos.²⁵⁸

Efectivamente, en el proceso la parte debe entenderse en sentido formal, independientemente de los sujetos (de fondo) del derecho u obligación controvertidos. El concepto de parte material se refiere al sujeto del nexo material o de fondo que está por debajo del proceso, es decir, aquella persona a la cual el resultado del proceso, la probable sentencia, puede influir en su ámbito jurídico de una forma particular y determinada. Esa afectación del ámbito o la esfera jurídica de la parte material podrá consistir en una ampliación, una restricción o una mera medida de protección o conservación a dicho ámbito o esfera jurídico:

La parte en sentido material es aquella para la cual la acción es su acción, el proceso su proceso y la sentencia su sentencia, de manera que directamente va a favor o en contra de la parte el efecto declarativo, constitutivo o de condena del fallo; mientras que la parte en sentido procesal puede ser un simple representante [...] la parte en sentido sustancial es el titular efectivo, real del derecho de agitar o de contradecir.²⁵⁹

En el esquema siguiente se muestra la relación que guardan varios conceptos y que aclara más la distinción entre parte formal y parte material.

²⁵⁶ Cfr. Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 212.

²⁵⁷ Humberto Briseño Sierra, *Categorías institucionales del proceso*, p. 201.

²⁵⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y R. Levene, *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁹ Ramón J. Palacios, *Instituciones de amparo*, Cajica, Puebla, 1963, pp. 235 y 240.

<i>Parte material</i>	<i>Parte formal</i>
Capacidad para ser parte	Capacidad procesal
Interés	Voluntad
Litis	Acción
Sentencia	Proceso

En el capítulo siguiente examinaremos algunos aspectos relativos a la capacidad procesal y a la capacidad para ser parte.²⁶⁰

Todas las consideraciones hechas hasta aquí son, en nuestra opinión, aplicables a cualquier proceso, sea civil, mercantil, penal, administrativo, de amparo, etc. Sin embargo, esta opinión no es compartida por todos los sectores de la doctrina, y son los penalistas, en uno de los casos, los que se afanan por encontrar significados y matices distintos a las instituciones y conceptos procesales cuando se aplican en los campos de su materia.

El concepto de parte en causa no conserva en el derecho procesal penal el valor que tiene en el derecho procesal civil y ni siquiera coincide necesariamente con el concepto de sujeto procesal. Parte en causa civil es el que pide en su propio nombre, o en cuyo nombre se pide, una actuación de la ley, así como también aquél contra quien ésta se pide. Para el derecho procesal penal, en cambio, el término "parte" se toma en dos sentidos: el uno formal, exterior; el otro material, ontológico intrínseco.²⁶¹

Sin embargo, las anteriores consideraciones no justifican de ninguna manera la pretendida distinción, porque, si por parte se entiende el que pide en su propio nombre o a cuyo nombre se pide una actuación de la ley y también aquél contra quien se pide, el concepto es aplicable tanto al proceso civil como al penal o a cualquier otro. Y, además, como lo hemos visto, la distinción entre parte formal y parte material no es exclusiva, ni mucho menos, del proceso penal, sino que cabe aplicarla a cualquier proceso, con independencia de la variabilidad de su contenido. Si entendemos, pues, por parte al sujeto que reclama — para sí o para otro — una decisión jurisdiccional, respecto a la pretensión debatida en el proceso y, si por otro lado, insistimos en que en la esencia procesal la parte sólo debe y puede entenderse en un sentido formal, no queda lugar a duda de que el concepto de parte no tiene un significado especial ni distinto en el proceso penal ni en ningún proceso de otra índole. Tradicionalmente se ha querido ver como sujetos principales de la relación procesal penal al Ministerio Público, al imputado y al juez, y como partes de la relación procesal a los dos primeros.²⁶²⁻²⁶³ Junto al Ministerio Público y al procesado,

²⁶⁰ *Infra*, cap. 39.

²⁶¹ Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, t. II, pp. 4-5.

²⁶² *Cfr.* Giovanni Leone, *Tratado de derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, t. I, pp. 241, 243 y 245.

²⁶³ *Cfr.* Carlos Franco Sodi, *El procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1946, p. 87.

nosotros opinamos que, desde un ángulo estrictamente procesal, el defensor también tiene el carácter de parte. En cuanto a los aspectos de parte material y de parte formal propios del procesado, se ha dicho que es

[...] aquel frente al cual se promueve la acción penal, que como es visto en relación a él se presenta como un derecho potestativo, del cual nace para el imputado no ya una obligación, o el deber de una determinada prestación, sino un estado de sujeción a los efectos producidos por el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, es claro que con la promoción de la acción penal, también el imputado viene a ser titular de un derecho, el derecho a la decisión frente al juez: por esta razón hemos abandonado la configuración del imputado como sujeto pasivo de la relación procesal penal.²⁶⁴

En esta breve pero brillante síntesis, el maestro italiano capta la dualidad material-formal del imputado como parte. El aspecto material radica en "el estado de sujeción a los efectos producidos por el ejercicio de la acción penal". El aspecto formal radica en la posición del imputado como titular de un derecho, "el derecho a la decisión frente al juez", derecho que se traduce en una serie de actos que puede realizar el imputado, y que tenderán a impulsar el proceso. En cuanto a la figura del defensor, aunque un sector muy amplio de la doctrina rechaza considerarlo como parte formal, nosotros sí le admitimos tal carácter, descartando, rotundamente, la idea de considerarlo como un representante del procesado, ya que su posición en el proceso no es la de un mero mandatario, pues llega a contar con atribuciones autónomas e independientes de la voluntad del procesado, a grado tal que la voluntad de éste puede ser totalmente irrelevante para los fines procesales. En consecuencia, nos adherimos a la afirmación de que el defensor sí es parte en el proceso penal mexicano.²⁶⁵

Finalmente, en cuanto a las partes en el proceso mexicano de amparo, reiteramos nuestra opinión de considerar infundada cualquier pretensión doctrinal tendiente a configurar un concepto distinto de parte, según la variabilidad de materias de los contenidos del proceso, o sea, según las disciplinas sustantivas a que pertenezca el conflicto o controversia que deba decidirse mediante el proceso. Por tanto, si entendemos como parte al sujeto que reclama para sí o para otro una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate y si insistimos también en que la parte, desde el punto de vista procesal, sólo puede entenderse en su sentido formal, no queda duda respecto de la necesidad de rechazar toda pretensión de distinción y podemos concluir en este punto que el concepto formal de parte no tiene un significado distinto en el proceso de amparo, como no lo puede tener tampoco, según lo hemos sostenido, en el proceso civil ni en el proceso penal.

²⁶⁴ Giovanni Leone, *op. cit.*, p. 443.

²⁶⁵ *Cfr.* José Hernández Acero, "Concepto de parte", en *Criminalia*, año XXX, núm. 8, agosto de 1964, Academia de Ciencias Penales, p. 471.

Las partes en el proceso de amparo son las siguientes:

En tratándose de juicio de amparo no tropezamos con dificultad alguna en la antedicha determinación, pues la *Ley de Amparo*, en su art. 5o., claramente especifica qué sujetos son partes en él, reputando al efecto como tales, al quejoso, a la autoridad responsable, al tercero perjudicado y al Ministerio Público Federal [...] Es parte entonces toda persona a quien la ley da facultad para deducir una acción, oponer una defensa en general o interponer cualquier recurso o a cuyo favor o en cuya contra va a operarse la actuación concreta de la ley.²⁶⁶

El carácter de parte se determina en virtud de las imputaciones normativas que otorgan atribuciones a ciertas personas para desplegar y realizar actos procesales. Dichas personas son las partes formales. El aspecto o concepto de parte material queda limitado a las personas sujetas a la sentencia que determinará a su favor o en su contra la actuación concreta de la ley. De ello se desprende que si bien las cuatro partes mencionadas pueden considerarse como partes formales, en el juicio de amparo no todas ellas son partes materiales y tal determinación solamente la ameritan el quejoso, la propia autoridad responsable y el tercero perjudicado, mas no el Ministerio Público. El quejoso lo es porque es la persona que está sujeta y vinculada por el resultado del juicio de amparo respectivo, la cual podrá ver afectada su situación jurídica de forma particular y concreta por la resolución jurisdiccional que se dicte. Respecto de la autoridad responsable, también puede considerársele como parte material, en tanto que el juicio de amparo revisa y constata si los actos de dicha autoridad se enmarcan o no dentro de lo constitucional y el resultado del proceso de amparo implicará necesariamente una afectación de la esfera jurídica de actividad de la propia autoridad responsable, éste es el aspecto material de dicha autoridad responsable como parte, con la aclaración de que atañe al órgano de autoridad y no a su titular considerado como persona física. Finalmente, el tercero perjudicado es siempre una persona que, en relación con el acto reclamado y sus efectos, tiene intereses opuestos a los del quejoso. Mientras que el acto reclamado es perjudicial para el quejoso, dicho acto reclamado reporta o podrá reportar beneficios para el tercero perjudicado. De aquí que, por ser la contienda en el juicio de amparo entre el quejoso y la autoridad responsable, sea necesario llamar, si existen, a los terceros perjudicados cuya posición es también la de pretender el apego constitucional de los actos de la autoridad responsable y, por tanto, la negativa de la protección constitucional para el quejoso. En tal sentido, este tercero es, desde luego, parte material en cuanto a que está sujeto a los resultados de la sentencia que se dicte, la cual afectará concretamente y de forma particular su esfera jurídica.

²⁶⁶ Ignacio Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo*, Jurídica, México, 1946, pp. 335 y 336.

Capacidad. Legitimación y representación

Los tres conceptos de *capacidad*, *legitimación* y *representación* están íntimamente ligados y tienen una enorme importancia procesal. Si entendemos a la persona como un centro de imputación de contenidos normativos o, lo que es lo mismo, como un sujeto de derechos y obligaciones, estas ideas se refieren a la persona jurídica. Por capacidad debe entenderse la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para disfrutar de los derechos que le confiere la ley y, por ello, se identifica en este sentido con el concepto de *personalidad jurídica*, entendida ésta precisamente como la idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones y que implica la concurrencia de una serie de atributos, llamados *atributos de la persona*, por ejemplo, nombre, domicilio, estado civil, patrimonio, etc. Debe hacerse notar que todas estas características de la persona le son conferidas por atribuciones normativas. Si es apta para recibir las, se dice que tiene personalidad y que, por tanto, tiene la capacidad de goce.

Frente a la capacidad de goce tenemos la capacidad de ejercicio, que es la aptitud de ejercer o hacer valer por sí mismo los derechos u obligaciones de los que se sea titular. La capacidad de ejercicio presupone la de goce, pero no a la inversa. Una idea contraria a la de la capacidad es la de incapacidad, que debe entenderse como ineptitud del sujeto, ya sea en el aspecto del goce o ya sea en el aspecto del ejercicio. Estos dos conceptos, el de capacidad de goce y el de capacidad de ejercicio, están íntimamente ligados con los conceptos de parte material y de parte formal, así como con la legitimación. En el cuadro 39.1 se aclara esta relación y el paralelismo entre unas ideas y otras.

Cuadro 39.1. Relación entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Conceptos referidos al derecho sustantivo	Conceptos referidos al derecho de acción
Capacidad de goce Capacidad de ser parte Legitimación <i>ad causam</i> Parte material	Capacidad de ejercicio Capacidad procesal Legitimación <i>ad processum</i> Parte formal

La legitimación jurídica debe entenderse como una situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta. En otras palabras, la legitimación es una autorización conferida por la ley, en virtud de que el sujeto de derecho se ha colocado en un supuesto normativo y tal autorización implica el facultamiento para desarrollar una actividad o conducta. La legitimación puede ser de fondo, es decir, causal, la cual es la que tiene toda parte material, y está vinculada con la capacidad de goce. En este sentido, tienen legitimación *ad causam* un niño o un enajenado mental, en cuanto a que son titulares de algún derecho de fondo o sustantivo. Sólo que ni el niño ni el enajenado mental tienen la capacidad de ejercicio, que se traduce, procesalmente, en una capacidad procesal, o sea la que tienen aquellos sujetos facultados o autorizados para actuar por sí o en representación de otros. Como se aprecia, este concepto de la legitimación procesal o formal está ligado al concepto de parte formal.

Por otro lado, la legitimación también puede ser activa o pasiva. La primera es la facultad que posee un sujeto para iniciar un proceso; por el contrario, la legitimación pasiva se refiere a la situación de aquel sujeto de derecho en contra del cual se quiere enderezar el proceso.

Debemos destacar la importancia que tiene el concepto de legitimación en relación con el concepto de pretensión. En efecto, la pretensión como una conducta, como un querer, sólo encuentra justificación si está legitimada. La legitimación es la fundamentación de la pretensión, o sea, su razón legal, por lo que deducimos que las reglas relativas a la legitimación están destinadas a establecer qué sujetos y en qué condiciones pueden pretender la sujeción de otros intereses ajenos a los suyos y, consecuentemente, a impulsar o instar las decisiones jurisdiccionales respectivas relacionadas con dichas pretensiones.

La representación

La representación es una institución jurídica de muy amplia significación y aplicación, la cual entraña la posibilidad de que una persona realice actos jurídicos por

otra, ocupando su lugar o actuando por ella. Desde luego, la representación como institución jurídica tiene aplicaciones en el derecho público (derecho electoral) o en diversas ramas del derecho privado (derecho civil, derecho mercantil, hereditario, etc.). Se dice que en el derecho civil, aunque la idea es en rigor más amplia,

[...] la representación ofrece tres aspectos fundamentales: primero, en la capacidad general de las personas, para suplir sus limitaciones como se proponen la patria potestad y la tutela. Segundo, en orden a la posibilidad de delegar las facultades propias, como en el poder y el mandato. Tercero, en tanto que institución hereditaria como derecho de representación que corresponde a ciertos herederos forzosos.²⁶⁷

La representación puede ser legal o forzosa y convencional. La representación legal o forzosa es la que el derecho establece con carácter imperativo:

Dentro de la representación legal de las personas físicas hay dos géneros: el que determina la ley en su encarnación personal, como la patria potestad, que sólo puede corresponder al padre o a la madre; y aquel que se limita a regular, aunque permita en ocasiones la designación del representante, como en la tutela de los huérfanos, en que los padres pueden nombrar por testamento y con enorme libertad a la persona que haya de ejercer la representación para el caso de morir ellos. En las personas jurídicas (colectivas o corporativas) juega asimismo la representación legal. Así la del Estado, la de las provincias y los municipios establecida en las constituciones y leyes o estatutos provinciales y municipales; sin excluir la posibilidad de delegar algunas atribuciones y actividades [...] Como casos de representación legal más frecuente deben citarse:

- Los menores no emancipados, ya estén sometidos a la patria potestad o a la tutela;
- La de los incapaces o incapacitados, sujetos a tutela o curatela (allí donde perdura esta denominación para los mayores de edad);
- Las casadas, en los cada vez más escasos ordenamientos donde no pueden regirse en actos y contratos jurídicos con libertad y eficacia, ni siquiera en cuanto a los bienes que eran suyos antes de contraer matrimonio;
- Los ausentes;
- Los concebidos, en cuanto les pueda ser favorable, en que tienen la consideración de nacidos, pendiente de la realidad del nacimiento con vida;
- Las personas jurídicas en general, y
- La de ciertos patrimonios (como la herencia yacente, la masa de la quiebra y los bienes del concursado).

La diferencia esencial de la representación legal, frente a la representación voluntaria se encuentra en que en aquélla el representante manifiesta su voluntad, y no la del

²⁶⁷ G. Cabanellas, *op. cit.*, t. III, p. 551, voz: "Representación".

representado, incapaz de formularla en derecho o sin poder para obligar en forma alguna a quien obra en su nombre. La primera ofrece los caracteres, además, de necesaria, inexcusable en muchos casos, irrevocable por el representado, con origen en la ley o estatuto, de índole general en cuanto a los actos jurídicos; mientras la representación voluntaria es de origen personal, de libre aceptación por el representado, concretada a determinados negocios jurídicos, aunque dentro de gran generalidad, esencialmente revocable, sujeta a las instrucciones del representado.²⁶⁸

De lo anterior concluimos que la representación legal o forzosa no sólo se da por la ley en los casos de incapacitados, sino también en el supuesto de las personas malamente llamadas *morales*, es decir, las personas colectivas o corporativas, las cuales siempre tienen que actuar mediante representantes, personas físicas, ya que su misma naturaleza así lo exige, puesto que por sí mismas no pueden actuar y necesitan de esos órganos, de esas personas físicas, para materializar los actos jurídicos en que participan. La representación convencional es la nacida de un pacto, de un convenio o contrato, por cuyo medio una persona la confiere a otra.

Todos estos problemas revisten una importancia procesal muy especial. Una adecuada y correcta representación es un requisito indispensable para que las partes puedan actuar válidamente en juicio. Podríamos decir que la capacidad de ejercicio se perfecciona con una representación correcta, en los casos de aquellos que no pueden o no quieren actuar por sí mismos; y es que la capacidad, a través de la representación correcta, es para las partes lo que la competencia es para el órgano jurisdiccional.

Finalmente, debemos hacer una referencia a la palabra *personalidad*, que frecuentemente usamos mal. Así, se habla de personalidad para designar la aptitud legal de representación jurídica o la legitimación que esa representación jurídica otorga, cuando en realidad el término *personalidad* es amplísimo. La personalidad es la suma de todos los atributos jurídicos de una persona, conjunto de sus derechos y obligaciones. Por estas razones, en vez de usarse para significar legitimación procesal y representación procesal correcta, pensamos que es más acertado emplear el vocablo *personería* para significar esta aptitud, repetimos, de representación y así podríamos decir que puede haber falta de personería, pero no falta de personalidad.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 553, voz: "Representación legal".

El mandato judicial es la manera más común y más extendida de perfeccionar la representación procesal. El mandato judicial es un contrato por medio del cual una persona, llamada *mandante*, confiere a otra, llamada *mandatario*, una representación para que actúe en nombre suyo y en su representación. El *Código Civil*²⁶⁹ define al mandato como "un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". No hay mayor problema cuando el mandato se celebra entre dos personas físicas, pues únicamente se exige que ambas tengan capacidad de ejercicio para que el mandato se pueda otorgar y recibir. Cuando el mandato es otorgado por una persona colectiva el problema se complica, ya que muchas veces la representación no está fundada correctamente. Los poderes otorgados por personas colectivas deben analizarse cuidadosamente, para determinar si provienen de las personas autorizadas para otorgarlos, y si estas personas, a su vez, se encuentran debidamente legitimadas para hacerlo y así sucesivamente, hasta llegar a la constitución misma de la persona colectiva, con el fin de saber si el poder está otorgado legítimamente y fundado. Si esta cadena de legitimación se rompe o no está bien establecida en algún momento, significa que el presunto mandatario no está legitimado para ser tal.

Nuestro *Código Civil*²⁷⁰ reglamenta de forma detallada al mandato judicial. Establece qué personas no pueden ser procuradores en juicio y ordena que el mandato judicial se otorgue en escritura pública o en escrito presentado y ratificado por el

²⁶⁹ Art. 2546 de los códigos civiles federal y del Distrito Federal.

²⁷⁰ Arts. 2585-2594 de los códigos civiles federal y del Distrito Federal.

otorgante ante el juez de los autos. Además, el código regula en torno al mandato judicial las cuestiones siguientes: en qué casos necesita el procurador de cláusula especial, los cuales, por regla general, son los de disposición de derechos procesales; las obligaciones del procurador en cuanto acepta el poder; entre ellas, la de no poder admitir mandato de la parte contraria del mandante; y también, la obligación de guardar el secreto profesional; la determinación de los casos en que cesa la representación del procurador, y las reglas para la sustitución del mandato.

Para concluir las consideraciones del presente capítulo, vamos a referirnos a los distintos grados de intensidad o amplitud en el otorgamiento de los mandatos y a las formalidades que éstos deben revestir en nuestro sistema jurídico. Independientemente de que los poderes pueden ser generales (para una serie o pluralidad de casos) y especiales (para un caso concreto y determinado), el *Código Civil*²⁷¹ establece tres grados de poderes generales:

1. *Poder para pleitos y cobranzas.* Es el de menor grado o intensidad, pero quizás el de mayor interés procesal, porque es precisamente el tipo de poder que se otorga a un procurador o representante procesal, para que actúe en juicio, y de ahí la denominación *para pleitos*.
2. *Poder para actos de administración.* Éste es más amplio que el anterior y, además, comprendería, amén de las facultades de administración, las mismas de pleitos y cobranzas.
3. *Poder para actos de dominio.* Éste es el poder de más amplio grado o intensidad. El representante o apoderado para actos de dominio puede actuar como dueño, realizando todo tipo de actos, sin limitación alguna.

La misma disposición legal establece la obligación de los notarios de insertar dicho artículo en los testimonios de las escrituras en que se consignen los poderes generales otorgados ante ellos.

Por último, en cuanto a la forma que debe revestir el mandato, el mismo *Código Civil*²⁷² regula que dicho acto debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas del otorgante y testigos ante notario, ante los jueces o autoridades administrativas correspondientes cuando dicho poder sea general, o bien cuando el interés del negocio para el que se confiere sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse y, finalmente, cuando en virtud de dicho mandato haya de ejecutar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público. Otra disposición del mismo código²⁷³ estatuye la posibilidad de un mandato por escrito privado firmado ante dos testigos,

²⁷¹ Art. 2554.

²⁷² Art. 2555.

²⁷³ Art. 2556.

sin que sea necesaria la previa ratificación de las firmas, cuando el interés del negocio para el que se confiere no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, para finalmente establecer la posibilidad de mandato verbal, cuando el interés del negocio no exceda de 50 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse.

Finalmente, cabe distinguir entre el mandato y el poder. El primero es el contrato por medio del cual se pactan las obligaciones que deben conducir a los actos de representación. El segundo es el acto por el que se confiere formalmente la representación y puede revestir las características de un acto unilateral.

La figura denominada *gestión de negocios* es una representación oficiosa, ficticia, porque en rigor no ha sido otorgada. Se da cuando una persona cuida, administra bienes o realiza cualquier gestión o trámite a favor de otra persona para producirle un beneficio o evitarle un perjuicio, sin que hubiere recibido un mandato expreso para ello. Es decir, el gestor oficioso actúa a nombre de alguien, sin ser su representante, pero como si lo fuera.

La institución está regulada en nuestro sistema tanto por el *Código Civil*²⁷⁴ como por el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.²⁷⁵

El *Código Civil*, como reglas más importantes relativas a esta institución, determina las siguientes: el gestor debe actuar conforme a los intereses del dueño del negocio y debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus propios negocios; el gestor indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se lleguen a ocasionar al dueño de los bienes o negocios que gestione; si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél; el gestor responde aun del caso fortuito, si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacerlas o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio; si el gestor delega en otros algunos de los derechos de su cargo, responderá de los actos del delegado y, cuando fueren dos o más los gestores, su responsabilidad será solidaria; el gestor, en cuanto sea posible, debe avisar al dueño de

²⁷⁴ Arts. 1896-1909.

²⁷⁵ Arts. 48-52.

su gestión; el dueño debe pagar al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho y los intereses legales correspondientes pero no hay derecho del propio gestor para cobrar retribución por el desempeño de la gestión.

El *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* reglamenta el aspecto procesal de la gestión en los términos siguientes: en primer lugar, la representación de todo ausente si la diligencia respectiva fuere de carácter urgente o perjudicial, la dilación estará a cargo del Ministerio Público; si se presentare por el ausente una persona que pueda comparecer en juicio, será admitida como gestor judicial; esta gestión judicial es admisible tanto para representar al actor como al demandado; el gestor judicial, antes de ser admitido, debe dar fianza de que el interesado pasará por lo que él haga y de pagar lo juzgado y sentenciado e indemnizar los perjuicios y gastos que se causen; el fiador del gestor judicial renunciará todos los beneficios legales considerándose tal fiador como fiador legal o judicial.²⁷⁶

De todas las consideraciones dadas aquí, concluimos que la figura de la gestión judicial se da muy raramente en la práctica. Se requiere un verdadero espíritu de sacrificio, una gran confianza o amistad, para prestarse a defender los intereses de un tercero, teniendo que otorgar garantías, responder de los posibles daños y perjuicios y sin tener derecho a recibir ninguna remuneración. Es evidente que una actitud de tal tipo, en un mundo que se vuelve cada día más egoísta y ocupado, es poco probable.

En cambio, la gestión no judicial, sino meramente administrativa, es una cosa harto frecuente y útil. El gestor administrativo, que es admitido en muchos trámites, realiza precisamente gestiones a nombre y en representación de alguien que no le ha otorgado un mandato. El pago de impuestos, la solicitud de concesión u otorgamiento de ciertas licencias y una multitud de trámites de tipo administrativo se pueden efectuar sin necesidad de que exista un mandato expreso y en virtud sólo de esa gestión oficiosa.

²⁷⁶ Cfr. arts. 52 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*; 2850 y 2855 de los códigos civiles federal y del Distrito Federal.

Terceros y terceristas en el proceso. Distinción

Cuando dimos la definición de proceso, dijimos que consiste en un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo. Un ejemplo característico de esos terceros ajenos a la relación sustancial, es el de algunos particulares auxiliares del juzgador, por ejemplo, el testigo, el perito, el mismo abogado, procurador o patrono. Estos terceros se caracterizan por intervenir en el proceso, colaborando en el desenvolvimiento de los actos del mismo, pero sin que esencialmente se afecte a su esfera jurídica, porque precisamente son terceros ajenos a la relación sustancial del litigio en debate.

Frente a esos terceros ajenos a la relación sustancial existen otros terceros que no son ajenos a dicha relación, en razón de que su esfera jurídica puede verse afectada por la resolución que se dicte en el proceso. Hay, pues, ocasiones en que un tercero es llamado a juicio y la relación sustancial yacente, es decir, la relación litigiosa, puede afectarlo. Así, tenemos al tercero llamado en garantía, tercero llamado en evicción y tercero al que se denuncia el pleito, por cualquier otra razón.

En el proceso penal, este llamamiento de terceros, que después pueden convertirse en partes, se da, por ejemplo, en el caso de que una persona sea detenida y se le someta a proceso por la supuesta comisión de algún delito y, al defenderse, alega inocencia y señala a otras personas como responsables o bien denuncia a algunos cómplices o a los autores materiales o intelectuales, según sea el caso, de la comisión del delito. No olvidemos que en el proceso penal hay un pretensor punitivo, que es el estado, el cual ejerce la acción penal. Además, puede haber, como en

este supuesto, varios sujetos resistentes, quienes llegan a acusarse recíprocamente y a alegar la propia inocencia.

En cuanto a las tres figuras mencionadas, por lo que toca al llamamiento en garantía, generalmente se hace a un codeudor o a un fiador. Así, cuando se demanda a un primer deudor y éste es insolvente, se puede seguir el juicio contra el fiador; aunque, el fiador si no ha renunciado al beneficio de orden, puede precisamente pedir que se llame a juicio al deudor principal. En el segundo caso, o sea, en el de llamamiento en evicción, el tercero llamado a juicio debe responder por el saneamiento de la evicción, es decir, por el buen origen de la propiedad de alguna cosa. Por regla general, es el vendedor o el que ha transmitido la propiedad de alguna cosa el que es llamado a juicio por el comprador o adquirente, a quien otro tercero le disputa la legitimidad sobre la cosa. El tercero llamado en evicción es traído al juicio para responder del buen origen de la cosa y para que, en todo caso, le depare perjuicio la sentencia que se llegue a pronunciar en ese proceso. Finalmente, en el tercer caso abarcamos a todos los otros tipos de denuncia del pleito, a cualquier tipo de tercero al que le interese que también le depare perjuicio la sentencia que se dicte, por múltiples razones.

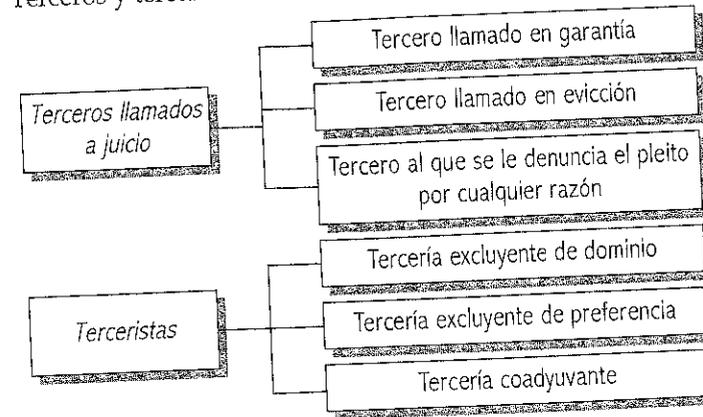
Por otro lado, como figuras distintas a los terceros ajenos a la relación sustancial y a los terceros llamados al juicio, existen los *terceristas*, que son sujetos que se insertan en relaciones procesales previas. De acuerdo con la reglamentación legal respectiva, estas tercerías pueden ser de los siguientes tres tipos: excluyentes de dominio, excluyentes de preferencia y coadyuvantes.

En el caso de las tercerías excluyentes de dominio o de preferencia, se presupone que se ha llevado a cabo alguna ejecución o afectación judicial sobre bienes de la parte demandada en un juicio y, entonces, el tercerista se inserta en esa relación procesal alegando mejores derechos sobre dichos bienes. A estas tercerías se les llama *excluyentes* precisamente porque a través de ellas se pretende sustraer los bienes objeto de la afectación o ejecución. La tercería excluyente de dominio implica que en relación con los bienes sobre los que se haya trabado ejecución, se presente al proceso un tercer sujeto alegando ser el dueño de ellos. Al respecto, deberá probar plenamente la propiedad de dichos bienes y, si llega a hacerlo, el tribunal deberá levantar el embargo que haya sobre ellos y ordenar que le sean devueltos.

La tercería excluyente de preferencia implica que sobre los bienes afectados por la ejecución, un sujeto extraño a las partes originales se presente o inserte en dicho proceso y alegue que tiene mejor derecho a ser pagado con el producto de dichos bienes. Es decir, el tercerista en este trámite excluyente alega tener una prelación, o sea, un mejor derecho a ser pagado.

La tercería coadyuvante se da cuando un sujeto inicialmente extraño al proceso se encuentra legitimado y tiene un interés propio para acudir a ese proceso pre-existente, con el fin de ayudar, de coadyuvar o colaborar en la posición que alguna de las dos partes iniciales adopte en el desenvolvimiento de ese proceso.

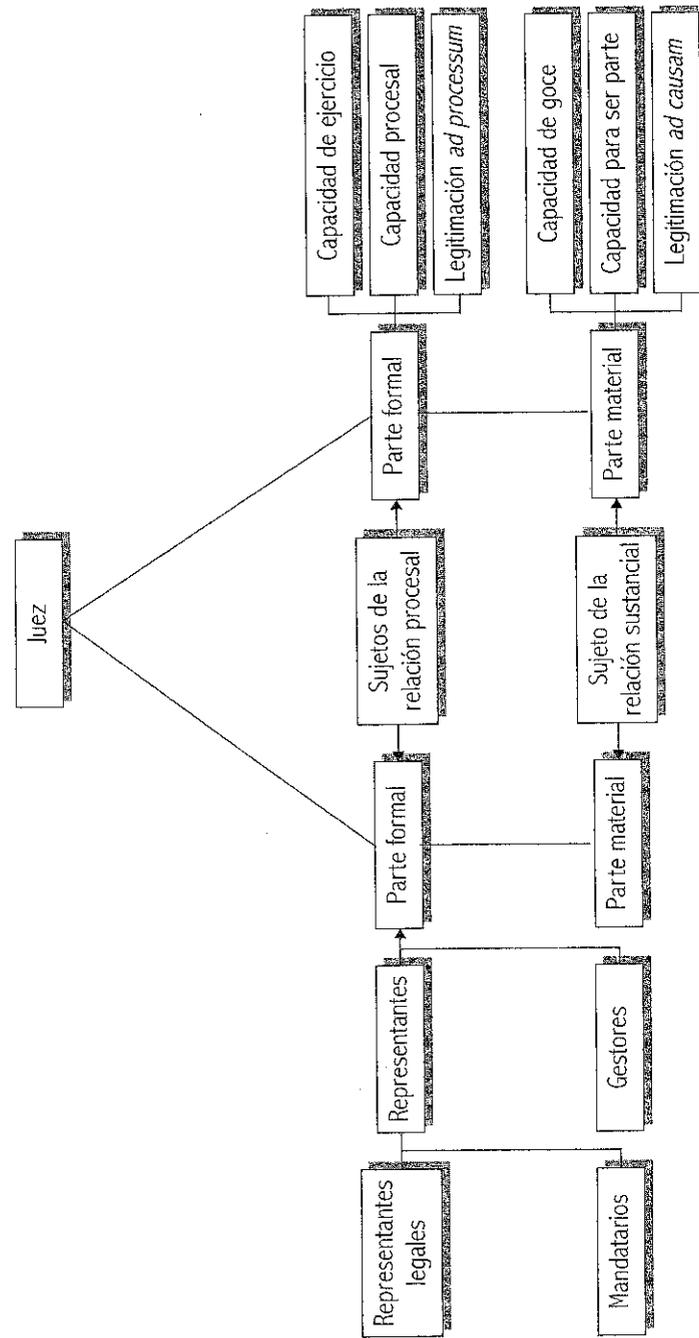
Cuadro 42.1. Terceros y terceristas.



El estudio de las tercerías corresponde fundamentalmente, no a un curso de teoría general del proceso, sino a un curso de derecho procesal civil y la reglamentación de dichas tramitaciones se encuentra en disposiciones del *Código de Procedimientos Civiles*.²⁷⁷

²⁷⁷ Arts. 652-673.

Cuadro 42.2. El juez y los sujetos procesales.



43

Teorías sobre la naturaleza del proceso

Las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso pretenden contestar la pregunta: ¿qué es el proceso? Cuando nos ocupamos del concepto del *proceso*, advertimos que la doctrina se ha preocupado fundamentalmente por una serie de enfoques o temas básicos de la problemática procesal. También vimos que Alcalá-Zamora y Castillo, en el esquema del hexágono procesal presenta las preocupaciones principales de la disciplina, de los problemas en torno al proceso, en la forma de las preguntas: dónde, para qué, cuándo, quién, qué y cómo. Pues bien, es la quinta interrogante, qué es el proceso, la que indaga por la naturaleza del mismo y la que es motivo de nuestra atención en el presente capítulo.²⁷⁸

Al examinar algunas de las principales teorías de la naturaleza jurídica de la acción,²⁷⁹ dijimos que existía un cierto paralelismo entre las posiciones que explican qué cosa es la acción, o teorías sobre la acción, y las que aclaran qué cosa es el proceso, o teorías del proceso. Para exponer brevemente el contenido de las principales teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso, seguiremos las ideas de Hugo Alsina²⁸⁰ y de Eduardo J. Couture.²⁸¹ Estas teorías son:

- Teoría del proceso como contrato
- Teoría del proceso como cuasicontrato
- Teoría del proceso como relación jurídica
- Teoría del proceso como situación jurídica

²⁷⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición...*, p. 108.

²⁷⁹ *Supra*, cap. 23.

²⁸⁰ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, pp. 413 y 428.

²⁸¹ Eduardo J. Couture, *op. cit.*, pp. 124-145.

- Teoría del proceso como pluralidad de relaciones
- Teoría del proceso como entidad jurídica compleja
- Teoría del proceso como institución

La distinción entre el pensamiento de Alsina y el de Couture radica en que el primero engloba las posiciones contractualista y cuasicontractualista en una sola. Por otra parte, Alsina habla de la teoría del proceso como pluralidad de relaciones, mientras que Couture explica la teoría del proceso como entidad jurídica compleja. Por lo demás, salvo con ligeros matices, en el tratamiento de las restantes teorías ambos nos presentan las más importantes preocupaciones de la doctrina.

Teoría del proceso como contrato

La teoría del proceso como contrato encuentra su antecedente en el derecho romano, como sucede con la teoría clásica de la acción. En el derecho romano, por el carácter de la fórmula y por la actitud que se suponía a las partes, surge la figura de la *litis contestatio*, con la calidad de un verdadero contrato entre los contendientes. Por otra parte, la filosofía que informa a la Revolución francesa es de hondas raíces contractualistas y, si toda la sociedad se explica precisamente como un contrato, el proceso, como fenómeno social, no vendrá a ser sino un fenómeno de tipo contractual. Podemos afirmar que en la actualidad esta tesis contractualista ha sido superada y ha caído por su propio peso sobre todo porque sin la intervención coactiva del estado en la que se muestra el imperio y la fuerza del mismo para resolver la controversia, aun contra la voluntad de las partes, no se puede concebir el proceso jurisdiccional moderno y por ello no podemos pensar que éste tenga características de contrato. Esta corriente de pensamiento tuvo una época y así,

Pothier y Rousseau sólo difieren en la escala, no en la esencia. Pothier concibe microscópicamente la sujeción de la voluntad individual a la autoridad dentro del proceso, bajo la forma de un contrato. Rousseau, en cambio, observa ese mismo fenómeno de la sujeción de la voluntad individual a una voluntad superior, en la escala macroscópica de la sociedad. Su razonamiento serviría igualmente para la sumisión de los particulares a la justicia de la autoridad.²⁸²

Teoría del proceso como cuasicontrato

Esta posición se deriva también de una concepción romana, pero ya más débil que la anterior y que, a nuestro modo de entender, significa un toque de retirada de la

posición contractualista, en una manifestación más atenuada o menos radical "la concepción del juicio como cuasicontrato procede por eliminación, partiendo de la base de que [...] no es contrato, ni delito, ni cuasidelito. Analizadas las fuentes de las obligaciones se acepta, por eliminación, la menos imperfecta".²⁸³

Es decir, dentro de esta concepción, como el proceso no es un contrato, un delito ni un cuasidelito, por exclusión le queda sólo ser un cuasicontrato. Las mismas críticas que se enderezan contra la posición contractualista, también le tocan a la tesis cuasicontractualista. Por otra parte, la posición "ha omitido considerar que las fuentes de las obligaciones, aun en el Código Napoleón, no son cuatro sino cinco. La doctrina no ha tenido en cuenta a la ley. Y es la ley, justamente, la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando. El proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley".²⁸⁴

Teoría del proceso como relación jurídica

Esta tesis es la más extendida y aceptada entre los procesalistas. Encuentra su antecedente en los trabajos de Hegel y fue expuesta por primera vez por Bulow.²⁸⁵ La teoría de la relación no sólo se circunscribe o enfoca al proceso, sino que se aplica a otros fenómenos jurídicos. Toda relación jurídica se establece entre dos o más sujetos de derecho, es decir, entre dos o más personas. El contenido de toda relación jurídica es, siempre, un conjunto de derechos y obligaciones y, por ello, la relación jurídica es el vínculo que se establece entre los sujetos de derecho a los que normas jurídicas les atribuyen derechos u obligaciones y por esa atribución los relacionan entre sí, ya que toda imputación normativa presupone un derecho y, a la vez, una obligación. Así, la norma que determina que el vendedor está obligado a entregar la cosa, está expresando al mismo tiempo el derecho que tiene el comprador de recibirla. Es decir, toda norma jurídica es, usando la terminología de García Máynez, *imperativo-atributiva*:

Si el hecho jurídico se produce, el obligado debe observar tal o cual conducta, cuya realización puede exigirle, en ejercicio de su derecho, el sujeto pretensor. A pesar de su forma, la proposición que antecede contiene no un solo juicio, sino dos. El primero dice que si el hecho jurídico se produce, el sujeto obligado debe observar cierta conducta. El otro expresa que, dado el hecho jurídico, el pretensor puede, en uso de su derecho, exigir del obligado el cumplimiento de lo prescrito. Más que un juicio complejo o compuesto, la

²⁸³ *Ibid.*, p. 131.

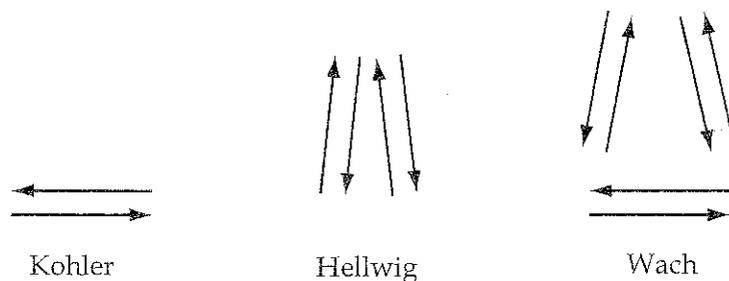
²⁸⁴ *Loc. cit.*

²⁸⁵ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 416.

²⁸² *Ibid.*, pp. 128 y 129.

regulación jurídica es una conexión de juicios interdependientes, aun cuando rara vez tengan los dos carácter expreso. Lo que en realidad importa es que la conexión existe en todo caso, y en todo caso está referida a la misma situación objetiva. Aun cuando el juicio explícito señale los deberes del obligado y el implícito las facultades del pretensor —o viceversa— esas normas aluden siempre a los aspectos activo y pasivo de un solo vínculo jurídico.²⁸⁶

La idea del proceso como relación jurídica se encuentra ya en el concepto de la litispendencia, pues éste y el concepto de relación jurídica procesal son conceptos y expresiones que, si no son equivalentes, sí coinciden en el planteamiento fundamental.²⁸⁷ Por otra parte, independientemente de las críticas que se han enderezado contra esta teoría, entre otras cosas porque se afirma que el concepto de relación jurídica no ha sido fijado definitivamente en el lenguaje del derecho,²⁸⁸ el mismo Couture hace ver que en esta posición doctrinal no existe acuerdo en cuanto a la forma, los términos y los sujetos que abarca dicha relación y esquematiza la manera en que Kohler, Hellwig y Wach conciben dicha relación:



Couture concluye que "la relación jurídica procesal se compone de relaciones menores y que ellas, como en el último de los esquemas expuestos no sólo ligan a las partes con los órganos de la jurisdicción, sino también a las partes entre sí".²⁸⁹

Teoría del proceso como situación jurídica

La doctrina de la situación jurídica, expuesta por Goldschmidt, comienza por negar la existencia de una relación procesal. Es éste, dice, un concepto de absoluta inutilidad

²⁸⁶ Eduardo García Máynez, *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 35-36.

²⁸⁷ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 418.

²⁸⁸ Cfr. Eduardo J. Couture, *op. cit.*, p. 133.

²⁸⁹ *Ibid.*, pp. 134-135.

científica, porque los llamados *presupuestos procesales* (capacidad de las partes y competencia del juez) no son condiciones de existencia de una relación jurídica sino de una sentencia de fondo válida, y porque no puede hablarse de derechos y obligaciones, sino de cargas procesales, las que tienen su origen en la relación de derecho público que, fuera del proceso, existe entre el Estado, el órgano encargado de la jurisdicción y los individuos. El deber del juez de decidir la controversia no es de naturaleza procesal, sino constitucional, y deriva de su carácter de funcionario público.²⁹⁰

Couture expresa, respecto a esta posición doctrinal, que Goldschmidt estuvo influido por Spengler, quien sostuvo en su obra *La decadencia de Occidente* la necesidad de sustituir la justicia romana por una justicia dinámica. Así, Goldschmidt advierte que

[...] el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable: esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas. De la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra se reconozcan derechos que no existen.²⁹¹

En esta concepción doctrinal se niega la posibilidad de una relación entre las partes y el juez; entonces, no se configura una relación, sino una situación. El mismo Couture sintetiza las críticas fundamentales que contra esta posición han enderezado autores como Calamandrei, Prieto Castro, Liebman, Alsina y De Pina:

Se le ha reprochado (a la tesis) que no describe el proceso tal como debe ser técnicamente, sino tal como resulta de sus deformaciones en la realidad (Calamandrei), que no puede hablarse de una situación sino de un conjunto de situaciones (Prieto Castro), que subestima la condición del juez, el que pierde en la doctrina la condición que realmente le corresponde (Liebman), que destruye sin construir, al hacer perder la visión unitaria del juicio en su integridad (Alsina), que la situación o conjunto de situaciones es lo que constituye justamente la relación jurídica (De Pina).²⁹²

²⁹⁰ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, pp. 421 y 422.

²⁹¹ E. J. Couture, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

²⁹² *Ibid.*, p. 138.

Advierte el mismo Couture que en la tesis de Goldschmidt existen dos partes distintas que es necesario diferenciar. La primera entronca con la teoría general y con la filosofía del derecho; la segunda es de carácter técnico y configura categorías de derechos procesales en particular. Las críticas se han dirigido fundamentalmente hacia esta segunda parte, dándose la situación paradójica de que esta parte impugnada de la doctrina es la que ha sido más fecunda en resultados científicos, porque se admiten cada día más ciertas ideas suyas, como la adopción unánime en el léxico procesal de los conceptos de carga procesal, expectativa y posibilidad, y la distinción entre actos procesales y negocios jurídicos.²⁹³

Teoría del proceso como pluralidad de relaciones

A esta posición se refiere Alsina²⁹⁴ atribuyéndola a Carnelutti. Afirma que existen tantas relaciones jurídicas procesales cuantos sean los conflictos, de tal manera que el proceso es un complejo de relaciones, y advierte que esta posición destruye la concepción orgánica del proceso y no facilita, sino que hace menos viable el examen de su estructura. Por otra parte, creemos útil el enfoque de Briseño Sierra, según el cual Carnelutti no tiene una sola teoría en torno a la explicación de lo que el proceso sea, sino varias, y así enuncia la de la pluralidad de relaciones, la tesis del proceso penal como jurisdicción voluntaria y su idea del fin del proceso como composición del litigio. Esta última es una tesis de carácter teleológico.²⁹⁵

Teoría del proceso como entidad jurídica compleja

Esta posición doctrinal se atribuye a Foschini de acuerdo con dos trabajos suyos denominados *La naturaleza jurídica del proceso* y *La complejidad del proceso*. Al respecto, Couture dice:

La particularidad más característica del proceso [...] es la pluralidad de sus elementos estrechamente coordinados entre sí. Esta tendencia advierte que la pluralidad de los elementos puede examinarse desde un punto de vista normativo; en tal sentido, el proceso es una relación jurídica compleja. Puede, asimismo, examinarse desde el punto de vista estático; en tal sentido, es una situación jurídica compleja. Y puede, por último, ser examinado desde el punto de vista dinámico, por cuya razón se configura como un acto

²⁹³ *Ibid.*, pp. 138 y 139.

²⁹⁴ H. Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 425.

²⁹⁵ Cfr. Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. III, pp. 57-74.

jurídico complejo. Ante esta idea cabe advertir que la consideración de un instituto jurídico, como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen de carácter doctrinal [...] Por eso cuando en la ciencia jurídica moderna se dice que un fenómeno es complejo, lo único que se subraya es que ese fenómeno es más complejo que los habituales. Todos los actos jurídicos son complejos. La calificación de un instituto como entidad compleja no es, virtualmente, una calificación [...] con esa proposición sólo fijamos un punto de partida.²⁹⁶

Si bien es cierta la crítica de Couture, no se trata sólo de calificar al proceso como una entidad jurídica compleja, sino que en todo caso sería una de sus notas; por ello, la noción o el concepto del proceso jurisdiccional sólo comienza con la nota de complejidad, pero se completa con otras caracterizaciones y enfoques. Nosotros, desde un principio, nos hemos adherido a la consideración del proceso como una entidad jurídica compleja, pues al dar la noción del proceso²⁹⁷ dijimos que es un *conjunto complejo de actos* del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación sustancial, actos que se proyectan, a la decisión de una controversia o litigio mediante la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido.

Teoría del proceso como institución

El concepto de institución enunciado en el campo del derecho administrativo, donde se define como "una organización jurídica al servicio de una idea", ha sido aplicado al proceso por Guasp, concibiéndolo como "una organización puesta al servicio de la idea de justicia". Entendemos por institución, dice Guasp, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí, por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea ésa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes proviene aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva y el conjunto de esas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece, es la actuación o la denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre los que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico.²⁹⁸

²⁹⁶ E. J. Couture, *op. cit.*, pp. 139 y 140.

²⁹⁷ *Supra*, cap. 21.

²⁹⁸ H. Alsina, *op. cit.*, t. I, pp. 425 y 426.

Las notas siguientes, atribuidas al proceso, acaban de definirlo dentro de la posición de Jaime Guasp:

- a) El proceso es una realidad jurídica permanente (independientemente de los procesos concretos).
- b) Tiene un carácter objetivo que trasciende de las voluntades individuales que lo provocan.
- c) El proceso implica la subordinación jerárquica al estado, de los sujetos que en él intervienen.
- d) El proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales sino dentro de ciertos límites que no alteran la idea fundamental del mismo.
- e) El proceso es adaptable a las necesidades de cada momento.²⁹⁹

La tesis que examinamos es blanco de severas críticas, sobre todo por la imprecisión del vocablo *institución*, que tiene diversas acepciones, lo que hace que no sea un concepto conveniente para el lenguaje de la ciencia procesal, según indica Couture, quien advierte que al vocablo se le dan las acepciones siguientes: establecimiento, fundación, creación, erección, lo fundado y establecido; cada una de las organizaciones principales de un estado; cada una de las materias principales del derecho o cada una de sus ramas. Por eso, es notable la posición de honradez intelectual de Couture, porque no obstante haberse adherido en un principio a esta teoría del proceso como institución, confiesa llanamente no haber logrado su propósito de precisar el sentido del vocablo y de dotarlo de cierto rigor, debiendo "plegarse en retirada" hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica.³⁰⁰

²⁹⁹ Cfr. E. J. Couture, *op. cit.*, p. 144 y H. Alsina, *op. cit.*, t. I, pp. 426 y 427.

³⁰⁰ Cfr. E. J. Couture, *op. cit.*, pp. 142 y 145.

Proceso y procedimiento. Distinción y relación. La forma procesal

La distinción entre los conceptos de *proceso* y de *procedimiento* no es una que pueda considerarse bizantina, según lo ha expresado cierto autor de derecho procesal penal.³⁰¹ Muy por el contrario, opinamos que esta distinción y la íntima relación existente entre tales conceptos es un tema fundamental de la ciencia procesal, no sólo desde un aspecto meramente teórico, sino también teniendo en cuenta las implicaciones concretas y prácticas de la distinción:

Los términos *proceso* y *procedimiento* se emplean con frecuencia, incluso por procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables. Conviene, sin embargo, evitar la confusión entre ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso [...] El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo (*v. gr.*, procedimiento incidental o impugnativo). Así, pues, mientras la noción de proceso es esencialmente teleológica, la de procedimiento es de índole formal, y de ahí que, como luego veremos, tipos distintos de proceso se pueden sustanciar por el mismo procedimiento, y viceversa, procedimientos distintos sirvan para tramitar procesos de idéntico tipo. Ambos conceptos coinciden en su carácter diná-

³⁰¹ Rivera Silva, *El procedimiento penal*, citado por Alcalá-Zamora en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, p. 115 (adición a la nota 168).

mico, reflejado en su común etimología, de *procedere*, avanzar; pero el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos — constituyán o no relación jurídica — que entre sus sujetos (es decir, las partes y el juez) se establecen durante la sustanciación del litigio.³⁰²

El proceso es, pues, un conjunto de procedimientos, entendidos como un conjunto de formas o maneras de actuar. Así, en el campo jurídico la palabra *procedimiento* no debe ser utilizada como sinónimo de proceso. El procedimiento se refiere a la forma de actuar y, en este sentido, hay muchos y variados procedimientos jurídicos; por ejemplo, los procedimientos administrativos, notariales, registrales, etc. En los procedimientos administrativos encontramos las formas de actuación, las conductas por desarrollar en la actuación del particular frente al estado, como en los casos de solicitar una licencia o permiso, pagar un impuesto o solicitar que se determine el monto de éste o tramitar concesiones, registro de patentes o marcas o cualesquiera peticiones regladas.

Resulta evidente que el proceso es un conjunto de procedimientos, pero también es cierto que todo procedimiento no es necesariamente procesal, por lo que cabe preguntarnos cuándo es procesal un procedimiento. Pensamos que un procedimiento es procesal si se encuentra dentro del proceso y posee la nota o característica de proyectividad que identifica a los actos procesales. Por tanto, un procedimiento es procesal cuando está eslabonado con otros, todos ocurridos en el conjunto de actos configurativos del proceso, y que son actos provenientes de las partes, del órgano jurisdiccional y de los terceros ajenos a la relación sustancial, y los cuales se enfocan en un acto final de aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo o resolverlo.

Refiriéndose al proceso como procedimiento, Alcalá-Zamora y Castillo³⁰³ advierte que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente y viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel no impedirá los mayores abusos si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomiende son inmorales o ineptos. Advierte el mismo autor que si un mal procedimiento no es el peor enemigo de un buen proceso, sí es un enemigo importante que puede hacer que se pierda la fe en la justicia. Por ello postula la necesidad de contar con una judicatura y una abogacía que además de poseer una elevada preparación técnica, sean cuerpos o gremios animados por el más alto espíritu de caballerosidad profesional, para que se disponga de un procedimiento que satisfaga las exigencias de rapidez, justicia, economía y eficacia.

³⁰² Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición...*, pp. 115 y 116.

³⁰³ *Ibid.*, pp. 117-119.

La forma procesal

Las formas o ritos se plasman en los requisitos para la validez de los actos jurídicos. El derecho siempre ha señalado requisitos formales, modos de actuar y circunstancias o condiciones que deben rodear a la celebración de los actos. Las pelucas, las togas, los báculos de mando y martillos son expresiones de esas formas, que la actuación se desenvuelva en día hábil y dentro de ciertas horas, que estén presentes el juez y el secretario, que se escriba en castellano, etcétera.

Las formas deben tener por finalidad garantizar la legalidad del acto y no el simple cumplimiento de las formas por las formas. El incumplimiento o la inobservancia acarreará la invalidez o ineficacia de los actos.

Tiempo y actividad: preclusión y caducidad. Términos y plazos

El proceso es un fenómeno dinámico que se desenvuelve en el tiempo. Recuérdese la idea del hexágono procesal, en el cual una de las caras representa el problema del cuándo, o sea, del tiempo en el proceso.³⁰⁴ El dinamismo radica en que el proceso está destinado a fluir. Por naturaleza es un fenómeno transitorio —aun cuando existan procesos que se antojan de existencia permanente. Tal transitoriedad la encontramos en la circunstancia de que su antecedente y razón de ser es siempre un litigio y su finalidad es la solución de ese litigio. El tiempo que dura el proceso se mide en plazos y términos. Briseño Sierra, citando a Podetti, escribe que en lo procesal,

[...] la incidencia de tiempo se mira en diversos institutos, tanto en los plazos y términos como en la preclusión, la rebeldía, la caducidad de la instancia y la cosa juzgada. A la naturaleza jurídica de ese tiempo se refiere la ley cuando legisla sobre días y horas hábiles e inhábiles y habilitación del feriado. Y la doctrina procesal se refiere a la celeridad como uno de los principios de una buena ley procesal.³⁰⁵

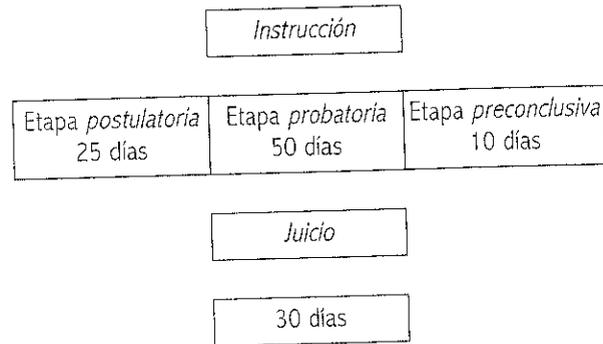
Como ya lo hemos precisado,³⁰⁶ el proceso se encuentra dividido en etapas. La primera fase es la de *instrucción* y luego la del *juicio*. La instrucción, como también lo precisamos, se divide en tres etapas: *postulatoria*, *probatoria* y *preconclusiva*. Las leyes

³⁰⁴ *Supra*, cap. 21.

³⁰⁵ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. III, p. 173.

³⁰⁶ *Supra*, caps. 7 y 22.

procesales, por regla general,³⁰⁷ fijan ciertos lapsos para el desenvolvimiento de etapas y fases. Un esquema ideal de tal proyección temporal, sin que en tal sentido esté consignada en ninguna ley concreta, es el siguiente:



En el cuadro anterior se relaciona el tiempo que debe durar un proceso. En la etapa *postulatoria*, de los 25 días, se podrían considerar 10 días para la contestación de la demanda y 15 para que el tribunal celebrara la audiencia previa y de conciliación y dictase las providencias o acuerdos intermedios necesarios. En la etapa *probatoria*, el ofrecimiento podría comprender 30 días y el desahogo podría ser de 20 días. En la etapa *preconclusiva* tendríamos 10 días, divididos en dos plazos de cinco, para que en cada uno alegaran el actor y el demandado. En el juicio se darían 30 días al juez o tribunal para que dictara la sentencia.

Los plazos deben estar bien establecidos por la ley procesal,³⁰⁸ con el fin de que los procesos se realicen con cierta celeridad y orden:

El impulso procesal está dado en una relación de tiempo y no de espacio. Cuando hablamos de que el proceso se desenvuelve avanzando desde la demanda hasta la sentencia, utilizamos tan sólo una metáfora, pues la relación es de carácter puramente temporal: una relación de pasado-presente, futuro. Avanzar significa ir realizando etapas que se van desplazando hacia lo pasado y preparar otras que se anuncian en lo porvenir. El proceso no es una cosa hecha, un camino que deba recorrerse, sino una cosa que debe hacerse a lo largo del tiempo. Los plazos son pues, los lapsos dados para la realización de los actos procesales. Durante ellos deben satisfacerse las cargas si no se desea soportar las consecuencias enojosas del incumplimiento. El tiempo crea, modifica y extingue también los derechos procesales concretos.³⁰⁹

³⁰⁷ Cfr. Adolfo Maldonado, *Derecho procesal civil*, Antigua Librería Robredo, México, 1947, pp. 281-283.

³⁰⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, t. I, pp. 203-241 y 228 y siguientes.

³⁰⁹ E. J. Couture, *op. cit.*, p. 174.

El concepto de *preclusión* está íntimamente ligado con los aspectos temporales del proceso. Entendemos por *preclusión* la pérdida de los derechos procesales por no haberlos ejercido en la oportunidad que la ley da para ello. "Para que la preclusión se produzca, es menester que se haya consumido íntegramente el plazo dado por la ley para la realización del acto pendiente."³¹⁰ Este concepto de la preclusión está relacionado con el de carga procesal; así, precluye un derecho al no contestarse una demanda, al no ofrecerse pruebas, al no impugnarse una resolución, dentro de los plazos y oportunidad que la ley procesal fija para ello.

Otra institución interesante, entre los aspectos temporales del proceso, es la *caducidad procesal*. La caducidad no es, al parecer, una institución exclusivamente procesal, pues encontramos ejemplos de caducidades de tipo sustantivo, por ejemplo, en el derecho mercantil, en los problemas referidos a los títulos de crédito, en los que se habla de caducidades como perjuicios que sufren los derechos por inactividad de sus titulares. En el proceso es necesario plantear la diferencia entre la preclusión y la caducidad. Ambas instituciones tienen la misma naturaleza y esencia, la única diferencia es de grado, ya que la caducidad podría considerarse una preclusión máxima, es decir, si la preclusión es la pérdida de un derecho procesal, la caducidad es la pérdida de todos los derechos procesales, a causa de la inactividad de las partes, inactividad total y bilateral, y opera una vez que transcurre determinado plazo que la ley señala. Técnicamente se habla de caducidad de la instancia. Los plazos para que se dé esta caducidad varían según la ley y según el asunto de que se trate. La caducidad no produce la pérdida de los derechos de fondo, de modo que la cuestión planteada puede replantearse en un proceso ulterior y distinto, sin perjuicio del transcurso de los plazos de prescripción. Generalmente, al decretarse la caducidad de un proceso se tiene a la prescripción como no interrumpida; en otras palabras, como si no se hubiera presentado la demanda que inició el proceso en el cual ha sido declarada la caducidad. Se puede considerar a la caducidad, desde el ángulo procesal, como un verdadero desistimiento tácito bilateral, puesto que las partes en el proceso lo han abandonado y no tienen interés en proseguirlo. La reglamentación legal de la caducidad es una figura relativamente nueva. Aún existen muchas leyes procesales que no la contemplan y, por ello, los procesos que regulan nunca caducan, cosa que es un verdadero absurdo, ya que cuando las partes no acuden al tribunal, demuestran que no tienen interés. Es pues, a nuestro modo de ver, recomendable que todos los códigos y leyes procesales regulen a esta figura.

En el derecho mexicano, la caducidad de la instancia aparece contemplada en la *Ley de Amparo*,³¹¹ el *Código Federal de Procedimientos Civiles*³¹² y el *Código de Procedi-*

³¹⁰ *Ibid.*, p. 173.

³¹¹ Art. 74, fracc. V.

³¹² Art. 373, fracc. IV.

mientos Civiles para el Distrito Federal,³¹³ aunque en este último cuerpo legal, no obstante la reforma de 1996, se reglamenta la caducidad de forma harto deficiente e inoperante, por medio de un parche o reforma de gran desacierto introducida después de una larga y fructífera experiencia de la caducidad recogida con la aplicación de los dos primeros cuerpos legales citados.³¹⁴

En cuanto a los conceptos de términos y plazo existe gran confusión al respecto y muchos códigos y autores emplean mal estos vocablos. Así, se habla en muchos casos de términos, cuando en realidad la ley y los autores quieren referirse a plazos. Briseño,³¹⁵ citando a Guasp, advierte que

[...] término es el momento en que debe realizarse un determinado acto procesal; plazo en el espacio de tiempo en el que debe realizarse [...] lo importante en el concepto del término, es que haya conexión, que su unidad conceptual produzca instantaneidad jurídica [...] el término es algo más que la coincidencia entre el tiempo astronómico y el acto [...] todo plazo tiene, pues, un momento *a quo* y otro *ad quem*, uno que marca el principio y otro que señala la meta.

De lo anterior podemos concluir que, en rigor, cuando las leyes hablan de términos, en la mayoría de los casos se refieren a plazos, a lapsos en los cuales es oportuna y procedente la realización de determinados actos procesales. Por el contrario, el término en sentido estricto es el momento preciso señalado para la realización de un acto. Por ello, con todo acierto se ha dicho que "el cómputo sólo es referible a los plazos y que los términos sólo son susceptibles de fijación o señalamiento".³¹⁶

En íntima relación con todo lo relativo a la medición o cómputo de plazos procesales y a la fijación de términos para la realización de actos procesales, está el concepto de días y horas hábiles, reglamentados en los códigos procesales. Así, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal³¹⁷ establece que las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles y que son días hábiles todos los del año, menos sábados y domingos y aquellos que las leyes declaren festivos y que se entienden horas hábiles las que median desde las 7:00 hasta las 19:00 horas. Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles³¹⁸ establece que las actuaciones

³¹³ Art. 137 bis.

³¹⁴ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora, "Reformas al Código Procesal Civil del Distrito y Territorios Federales en materia de caducidad de la instancia y de procedimientos inmobiliarios", en *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, 1976, t. I, pp. 182-203.

³¹⁵ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. III, pp. 159-198.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 206, citando a Alcalá-Zamora y Levene (hijo).

³¹⁷ Art. 64.

³¹⁸ Art. 281; cfr. Acuerdo por el que se establece la semana laboral de cinco días para los servidores que tutela la Ley Federal de los Trabajadores del Estado. Con fundamento en él, los sábados también son inhábiles.

judiciales se practicarán en días y horas hábiles. Son días hábiles todos los del año, menos los domingos y aquellos que la ley declare festivos. Son horas hábiles las comprendidas entre las 8:00 y las 19:00 horas.

Finalmente, en determinado tipo de negocios no existen las limitaciones de horas y días hábiles por la naturaleza de las cuestiones que se plantean: juicio sobre alimentos, impedimentos de matrimonio, servidumbres legales, interdictos posesorios, diferencias domésticas, etc. Además, en todos los demás casos, cuando hubiere causa urgente para ello, los jueces pueden habilitar los días y las horas inhábiles para actuar o para que se practiquen diligencias, debiendo expresarse con todo detalle el tipo de actuaciones procesales que se autoriza a celebrar en dichas horas o días habilitados.

El principio latino *locus lex regit actum* tiene una indudable aplicación en el tema relativo al lugar en el que el acto procesal debe desenvolverse. En términos generales, la ley aplicable al proceso, precisamente para los actos procesales, es la ley del lugar de desenvolvimiento del proceso. También se suele usar el término de *sede* para referirlo al lugar o ubicación física de realización del acto procesal. La determinación del lugar o de la sede del acto procesal no sólo se refiere a una circunscripción sobre la cual tenga competencia territorial determinado órgano jurisdiccional, sino inclusive, en algunos casos, al lugar físico, a la casa misma en donde reside el tribunal o en donde el acto procesal deba desenvolverse. También es necesario tener aquí presente la idea del hexágono procesal, puesto que uno de sus lados señala el problema del dónde o lugar del acto procesal.³¹⁹

Debe evitarse toda confusión en la determinación de la norma que habrá de aplicarse para el desenvolvimiento de los actos procesales y para la solución del litigio. En el primer caso, la norma estrictamente procesal es territorial; en otras palabras, la norma que rige el procedimiento es aquella del lugar de desenvolvimiento del proceso. Por el contrario, la norma conforme a la que se decida el litigio, o sea, la norma sustantiva, sí puede en algunos casos ser extraterritorial y aplicarse fuera del ámbito en que normalmente tiene vigencia.

Por regla general, el lugar de celebración de los actos procesales es la residencia misma del tribunal. Hay varias excepciones, puesto que hay actos que deben llevarse a cabo fuera de dicha casa o residencia, por la imposibilidad que ofrecen

³¹⁹ *Supra*, cap. 21.

algunos objetos o personas de ser trasladados al tribunal. Lo anterior significa que si las personas o las cosas, por alguna razón, no pueden ser llevadas al tribunal o no pueden acudir a él, entonces el tribunal debe desplazarse hacia donde estén esas cosas o personas; por ejemplo, hay un testigo inválido, que no puede rendir su testimonio en el domicilio del tribunal, entonces los miembros de éste van a su casa o al sanatorio donde esté recluido a tomarle dicho testimonio. Otro caso sería cuando se quiere examinar un edificio o algo que por su naturaleza no puede presentarse o trasladarse al tribunal, los titulares de éste tendrán que desplazarse hasta el lugar respectivo; tal sucede en el supuesto de una prueba de inspección judicial. Finalmente, por razones de la división de la competencia territorial, también hay casos en los cuales determinadas diligencias de cualquier tipo deben desenvolverse en otros lugares; por ejemplo, si el demandado radica fuera del lugar del juicio, el juez del conocimiento debe enviar un exhorto al juez del domicilio de dicho demandado para que lo emplace, lo requiera de pago o le embargue bienes. Cuando hay necesidad de desenvolver algunas diligencias de prueba en un lugar distinto que el juicio, también será necesario que el juez del conocimiento gire exhorto al juez del lugar en donde deban desarrollarse dichas diligencias, para que se reciban pruebas, se examinen lugares, se interroguen personas, etc. En estos casos es conveniente advertir que la norma conforme a la cual deben desarrollarse los actos esencialmente procesales, es la del lugar en el que dichos actos se desenvuelven, aunque algunos aspectos sustantivos puedan verse, hasta cierto punto, reglamentados por la ley del lugar del juicio y no por la del lugar de la diligencia o acto procesal que debe ocurrir fuera de la residencia del juez del conocimiento. Las cuestiones relativas al auxilio interjudicial que se desarrolla principalmente por medio de los exhortos serán materia de nuestra atención más adelante.³²⁰

³²⁰ *Infra*, cap. 48.

47

Medios de comunicación procesal. Clasificación

En términos muy generales, todo *medio de comunicación* es la vía o instrumento que une, relaciona o conecta dos inteligencias. Esta vinculación de dos inteligencias en la comunicación implica la transmisión de ideas, conceptos, etc. Toda idea o concepto, para transmitirse, requiere ser expresada, y la expresión no es sino la representación material de los conceptos y de las ideas. De lo anterior se desprende que, en este sentido, todo medio de comunicación es una representación significativa de una idea o de un concepto. En tal virtud, la expresión significativa es una exteriorización de ideas o de conceptos. La exteriorización tiene múltiples formas de manifestarse, que son las diversas formas del lenguaje, entendido en su acepción más amplia. La expresión significativa puede ser un gesto, un color, un sonido, un signo escrito, una seña o una mueca. Todo esto forma el ingente campo del lenguaje, medio esencial de comunicación entre las inteligencias humanas.

En la historia de la humanidad, las formas o maneras de expresión significativa han sido de rica variedad. Desde la comunicación por señas hasta la televisión mediante satélites, hay una enorme variedad de formas, métodos y maneras de vinculación de ideas y de conceptos entre dos o más personas. Así, se habla de lenguaje hablado, de lenguaje escrito (con base en el anterior), de lenguaje gráfico, etc. La telegrafía de puntos y rayas no es sino otra forma de expresión significativa, de un lenguaje especial. Otro tanto podríamos decir de la taquigrafía o de las luces verde, amarilla y roja que regulan en todo nuestro planeta la circulación de vehículos. Podríamos presentar una lista interminable de diversos modos o formas de comunicación humana, desde los finos movimientos del abanico, que hacen nacer una riquísima expresión en las frágiles manos femeninas, hasta el ademán enérgico y brusco de las

manos que empuñan dos banderas haciéndolas oscilar en la proa de una nave en peligro.

Ahora bien, debemos limitarnos aquí a hablar de los *medios de comunicación procesal*. En nuestra época, los medios de comunicación que participan de la vida del proceso se reducen en sus aspectos formales al lenguaje hablado y el lenguaje escrito para transmitir ideas y nociones de unas inteligencias a otras, en un fenómeno que es eminentemente comunicativo: el proceso. Y es que efectivamente desde que el proceso surge hasta que muere, no es sino una serie de actos proyectivos de comunicación, de los particulares incitando la función jurisdiccional y del órgano jurisdiccional conduciendo ésta, encauzándola, hasta llegar a su destino normal: la sentencia, así como de parte de los terceros que auxilian y colaboran en el mismo. Por ello, desde que el sujeto de derecho acude al tribunal y excita su actividad, transcurre una serie de fenómenos comunicativos, de las partes al tribunal y del tribunal a las partes, así como de las partes entre sí y de los terceros también entre sí, con las partes y con el tribunal.

El medio de comunicación procesal, por tanto, es el vínculo, forma o procedimiento por el cual se transmiten ideas y conceptos (peticiones, informaciones, órdenes de acatamiento obligatorio, etc.) dentro de la dinámica del proceso y para la consecución de sus fines.

Han sido diversos los criterios para clasificar los medios de comunicación procesal:

Las comunicaciones procesales pueden clasificarse en atención a su origen y a su destinatario, en los siguientes grupos: primero, entre tribunales nacionales y autoridades extranjeras [...]; segundo, entre tribunales y autoridades y funcionarios nacionales de distinto orden (del legislativo o del ejecutivo [...]); tercero, de los tribunales entre sí, que reviste dos modalidades, según que se produzca dentro de una misma jurisdicción o entre dos de jurisdicciones distintas (la ordinaria y una especial, o dos de éstas, de haberlas); cuarto, de los tribunales con auxiliares y subordinados de la administración de justicia; quinto, de los tribunales con las partes encargadas y terceros [...]; sexto, de las partes entre sí.³²¹

Por su parte, Enrique Aguilera de Paz³²² establece una clasificación tripartita de los medios de comunicación: en primer término, habla de los medios de comunicarse de los jueces y tribunales con los litigantes e interesados; en este grupo coloca a las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos. En el segundo grupo, el de los medios de comunicación de los jueces o tribunales entre sí, con poderes o

³²¹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, *op. cit.*, t. II, pp. 169-170.

³²² Enrique Aguilera de Paz, *El derecho judicial español*, Reus, Madrid, 1923, t. II, p. 501.

autoridades de otro orden y con autoridades judiciales del extranjero, señala suplicatorios, exhortos, cartas órdenes o despachos, mandamientos, exposiciones, oficios y reales provisiones. El estudio del primer grupo de medios de comunicación plantea, para este autor, cinco cuestiones fundamentales, que son: 1. por quién deben hacerse; 2. a quién o a quiénes deben practicarse; 3. en qué forma hayan de llevarse a efecto; 4. en qué lugar han de realizarse; 5. en qué tiempo y en qué plazo. Al explicar los segundos, establece que el suplicatorio es para cuando el emisor se dirige a un juez o tribunal de superior grado, el exhorto para cuando se dirige a uno de igual grado y la carta orden, para cuando se dirige a juez o tribunal de grado inferior perteneciente al territorio o demarcación sobre el cual ejerce jurisdicción el que lo expide. El mandamiento se dirige a los auxiliares o subalternos judiciales, a la policía judicial, al funcionario del que se requiere la prestación de un servicio, como el notario y el registrador de la propiedad. El oficio se emplea para dirigirse a autoridades de menor importancia y la exposición sirve para dirigirse a cuerpos colegisladores o a ministros. El uso de la real provisión, como medio de comunicación, está limitada a ciertos negocios en los cuales exista conexión con la jurisdicción eclesiástica. Por último, la comisión rogatoria que es la comunicación dirigida a autoridades de países extranjeros.

De las anteriores consideraciones, estamos ya en posibilidad de plantear diversos criterios de clasificación de los medios de comunicación.

Por su emisor y destinatario

La clasificación más usual y práctica de los medios de comunicación procesal se refiere al emisor y al destinatario y al carácter de éstos en la relación procesal. Tal criterio puede formularse en los términos siguientes:

- Medios de comunicación entre los tribunales
- Medios de comunicación entre los tribunales y otras autoridades
- Medios de comunicación de los tribunales a los particulares (especialmente a las partes)

Deben considerarse también los medios de comunicación entre tribunales de un país con los tribunales y autoridades del extranjero.

Por ser el más usual y el más útil, este criterio de clasificación será motivo de nuestras reflexiones en los próximos capítulos.³²³

³²³ *Infra*, caps. 48 y 49.

Medios de comunicación (en cuanto a sus emisores y destinatarios)	I. Medios de comunicación de los tribunales entre sí	1 Supplicatorio 2 Carta orden o despacho 3 Exhortos
	II. Medios de comunicación de los tribunales con otras autoridades no judiciales	1 Oficio 2 Exposición*
	III. Medios de comunicación de los tribunales a los particulares	1 Notificaciones 2 Emplazamiento 3 Requerimiento 4 Citación
	IV. Medios de comunicación de los tribunales con autoridades y tribunales extranjeros	1 Exhorto, carta o comisión rogativa

* La exposición es un medio de comunicación en el derecho español, pero no en el mexicano.

Medios de comunicación formales y materiales

Los medios de comunicación formales son aquellos reglamentados y establecidos por la ley, los cuales, con independencia de que la comunicación se realice o no materialmente. En la realidad, se da ésta por hecha y surte sus consecuencias jurídicas procesales. Por ejemplo, la comunicación llevada a cabo mediante la publicación de edictos en los periódicos o también la notificación hecha por medio del *Boletín Judicial* en el Distrito Federal, en ciertos casos quizá no lleguen efectivamente a comunicar a sus destinatarios la resolución respectiva. Sin embargo, aunque en la realidad tal comunicación no se haya efectuado, para los efectos procesales se tiene por hecha. En virtud de lo anterior, a tales vehículos de comunicación procesal los calificamos de *formales*.

Por el contrario, el medio de comunicación material es aquel que independientemente de que esté o no reglamentado por la ley, sirve de hecho para comunicar una resolución a una parte o es instrumento para vincular a las partes entre sí o a una de las partes con algún tercero o con algún auxiliar de la función jurisdiccional, por ejemplo, los peritos, los testigos, el Ministerio Público, etc. Así, es el caso de las declaraciones, preguntas o informaciones que las partes intercambien en el desarrollo de cualquier diligencia judicial, como sería en el desahogo de la prueba confesional o bien en la diligencia de emplazamiento. Otro tanto podría decirse de las preguntas o cuestiones dirigidas por una parte a los testigos o peritos en el desahogo de las pruebas respectivas:

La notificación (y podríamos agregar que algunos otros de los medios formales de comunicación) se distingue de la comunicación (simple), pues mientras ésta es susceptible de emplearse en las conexiones personales entre las partes en la confesión o con terceros en las preguntas, la notificación nunca es un medio de comunicación entre particulares.³²⁴

Es decir, las notificaciones son medios de comunicación formal, en cuanto que transmiten una declaración u orden del tribunal o utilizan los procedimientos y demás instrumentos para que tal declaración se tenga por transmitida. Por el contrario, existen en todo el proceso multitud de medios de comunicación material que constituyen medios, maneras o formas por los cuales se transmiten las ideas y los conceptos referidos al proceso en una serie sucesiva de peticiones, afirmaciones, negativas, decisiones, etc. Así, a título de ilustración del medio característico de comunicación material, "nada mejor que el ejemplo de quien teniendo una voz débil, y teniéndose que hacer entender por quien sea duro de oído, haga repetir sus palabras por otro en voz alta; nadie dirá que el acto del repetidor sea una declaración, puesto que no manifiesta pensamiento propio alguno".³²⁵

Medios objetivos y subjetivos

Por último, otro criterio de clasificación de los medios procesales los divide en objetivos y subjetivos. Entran en la primera categoría, de los objetivos, todos aquellos que utilizan instrumentos materiales o cosas para hacer llegar la noticia procesal de algo a su destinatario o para que tal noticia se tenga por recibida o conocida para los efectos legales. Por el contrario, hablaríamos de medios subjetivos cuando el instrumento de la comunicación es precisamente una persona. El caso característico del medio de comunicación subjetivo lo constituye el del intérprete o traductor. Así,

[...] puede, ante todo, darse la necesidad o conveniencia de que el perito sustituya o se agregue al juez para que perciba los hechos del litigio. Esa necesidad o conveniencia se produce en dos órdenes de hipótesis. El primero se refiere no sólo a los llamados *hechos de percepción técnica*, sino también a hechos corrientes que el juez no esté en condiciones de percibir a causa de un defecto sensitivo, o a causa del peligro o del desagrado que la percepción lleve aneja, o bien a causa de costumbre que lo desaconseje; la segunda, a hechos comunes o técnicos cuya apreciación sea materia de reglas técnicas y no de reglas de experiencia común. En la primera hipótesis, la colaboración es necesaria, porque si no, el juez no conseguirá percibir el hecho o, por lo menos, percibirlo con todos sus

³²⁴ Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal fiscal*, Robledo, México, 1964, p. 528.

³²⁵ F. Carnelutti, *Sistema...*, t. II, p. 41.

detalles, supóngase el caso de que la percepción no pueda tener lugar sin la realización de determinadas maniobras o sin el uso de determinados instrumentos (por ejemplo: el caso de una autopsia); en la segunda hipótesis la colaboración en la percepción es conveniente para procurar al juez la percepción directa, que es la que mejor ayuda a la apreciación (*v. gr.*, intérprete).³²⁶

Otro autor, repitiendo los argumentos de Carnelutti, escribe que

[...] hay también, frente a la pericia, la función del intérprete y la del traductor, sujetos que actúan técnicamente, pero que emplean sus conocimientos, no para opinar, sino para hacer saber lo que otro dice o escribe, son auxiliares de la parte, son medios de comunicación [...] a la percepción técnica puede añadirse el caso de hechos comunes que el juez no pueda percibir por algún defecto sensorial, por peligro o desagrado en la percepción o porque la costumbre lo desaconseje. La intervención de una persona diversa es necesaria en extremos tales como una autopsia, o meramente conveniente si han de aplicarse reglas técnicas o artísticas.³²⁷

La referencia es clara para aquellos casos en los cuales el intérprete o traductor asiste al tribunal para transmitir al juez lo que un testigo o lo que una parte declara en un lenguaje incomprensible para aquél o bien la traducción que hace el perito de documentos redactados en idiomas extranjeros o en un lenguaje incomprensible para el juez, como unas notas taquigráficas, no constituyen otra cosa que verdaderos medios de comunicación procesal subjetivos, puesto que el intérprete o perito, como ha quedado apuntado, no emite opiniones ni interpreta punto alguno, sino que se limita a transmitir sin quitar ni agregar nada, de un lenguaje o forma de expresión incomprensible para el juzgador a otro, que el juzgador sí comprende, datos o declaraciones en el proceso.

En determinados casos, algunos sujetos o personas pueden ser considerados como verdaderos medios subjetivos de comunicación. Pensamos, por ejemplo, en el secretario actuario del tribunal, quien constituye un verdadero transmisor de la comunicación procesal, puesto que ha sido emitida por el tribunal y se dirige hacia su destinatario, la persona que debe ser notificada. Pero además, en última instancia, son medios subjetivos de comunicación procesal todas aquellas personas que aportan al juez del proceso algún dato o información. Piénsese también en los testigos, quienes al relatar frente al tribunal los hechos de que tengan memoria, sirven de verdaderos medios subjetivos de comunicación, pero nótese que estos medios son materiales y no precisamente formales en el sentido que hemos querido dar a esta clasificación en líneas anteriores.

³²⁶ *Ibid.*, pp. 218 y 219.

³²⁷ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, pp. 478 y 483.

Medios de comunicación procesal entre autoridades judiciales

Nos ocuparemos en el presente capítulo del examen de los *medios de comunicación procesal entre las autoridades judiciales*, haciendo una breve mención a los medios de comunicación que emanan de los tribunales y cuyos destinatarios son otros organismos o entes de autoridad no judiciales. En nuestro sistema es el *oficio* la comunicación escrita expedida por los órganos judiciales, que se utiliza para que dichas autoridades judiciales se comuniquen con las otras, no judiciales. En el oficio puede ir contenida una mera participación de conocimiento, pero también la petición de algún dato o informe o algún requerimiento u orden. Por ejemplo, cuando el juez ordena la cancelación o modificación de algún registro y envía para tales efectos un oficio al registrador correspondiente. En materia procesal penal, las órdenes de la autoridad judicial se comunican a la policía "judicial" mediante oficio. Como ya lo vimos en líneas anteriores, se habla fundamentalmente de tres tipos de medios de comunicación entre las autoridades judiciales. Esta clasificación obedece a la jerarquía de las autoridades y así, si el medio de comunicación emana de una autoridad de inferior grado y se dirige a una de mayor jerarquía, se habla de *suplicatorio*; si el medio de comunicación, a la inversa, proviene de una autoridad superior y se dirige a una inferior, se habla de *carta orden* o *despacho*, y por último, si el medio de comunicación se dirige de una autoridad de cierto grado, a otra de igual rango, entonces se habla de *exhorto*. Trataremos de referirnos concisamente a cada uno de ellos.

El suplicatorio

Es una verdadera súplica (de aquí su nombre). Por este medio de comunicación la autoridad inferior sólo puede pedir a la superior datos o informes. En efecto, no sería concebible que una autoridad judicial de menor grado ordenara o encomendara a otra de mayor grado la realización de ciertas diligencias o actos procesales. Por ello, reiteramos que tal medio de comunicación puede limitarse a una simple petición de informes o datos en relación con algún asunto determinado.

Carta orden o despacho

La carta orden o despacho es un medio de comunicación por el cual, la autoridad de grado superior, además de informar o transmitir alguna noticia al tribunal de grado inferior, puede también ordenarle y encomendarle la práctica de diligencias, de actos procesales. Por ejemplo, en algunos de los sistemas judiciales de los estados de la república, un juez de primera instancia, que no puede trasladarse a un punto alejado de la cabecera del distrito o partido judicial respectivo, puede encomendar la práctica de alguna diligencia, como la recepción de alguna prueba, el emplazamiento, notificaciones, etc., a jueces de menor grado o jerarquía, de los que suelen denominarse en las legislaciones estatales, juzgados municipales, locales y, a veces, también menores. De igual forma, el tribunal superior de alguna entidad federativa puede ordenar o encomendar a los jueces de primera instancia bajo su autoridad, la práctica y realización de diligencias por la vía de una carta orden o despacho.

Exhorto

Noción, emisión, legalización de firmas, diligenciación y devolución

Definimos al exhorto como un medio de comunicación procesal entre autoridades judiciales de igual jerarquía que debe emitirse cuando alguna diligencia judicial deba practicarse en lugar distinto al del juicio. La autoridad judicial que emite el exhorto se denomina *exhortante* y la que lo recibe, o a quien ésta esté dirigida, *exhortada*.

La razón de ser de los exhortos se explica por la distinta competencia territorial de los diversos órganos del poder judicial, la cual, a su vez, obedece a una necesidad de división del trabajo que encuentra su fundamento en razones geográficas: distancias, densidad de población, comunicaciones, cantidad de pleitos, etcétera.

Nace, entonces, en virtud de lo anterior lo que se conoce como el *auxilio judicial*, o sea, la asistencia y ayuda que para el desempeño de sus funciones propias deben

brindarse unos tribunales a otros, dentro de los marcos de sus respectivos regímenes legales. Pero, además de la idea de colaboración que todo esto implica, está la necesidad de que cada autoridad respete los ámbitos competenciales de las demás y, entre ellos, el ámbito territorial. El juez exhortante libra su exhorto solicitando la colaboración y auxilio, y a un tiempo respeta el ámbito territorial de competencia del juez exhortado, ámbito en el cual el exhortante no podría desempeñar sus funciones soberanas ni invadir el del correspondiente juez exhortado.

Cuando se dé, pues, la necesidad de encomendar a otro juez de distinto lugar la práctica de alguna diligencia judicial, el juez exhortante emitirá el exhorto, que debe contener con toda precisión los pormenores, las indicaciones, los anexos y las inserciones necesarios para que el juez exhortado pueda cumplir cabalmente con lo que se le solicita. Así, si se trata de encomendar un emplazamiento con requerimiento previo de pago y embargo, el exhorto deberá contener todos los datos necesarios: nombre y domicilio de la persona a quien deberá buscarse, cantidad por la que se le deberá requerir de pago, etc.; cuando se encomienda el desahogo de una prueba confesional o testimonial, se anexarán los respectivos pliegos de posiciones o interrogatorios, etc. En muchas ocasiones, para una mayor comprensión de las diligencias que habrán de cumplirse, el exhorto transcribe escritos de las partes, por ejemplo, la demanda o la promoción en que se hubiere solicitado la diligencia respectiva y la liberación del exhorto.

La legalización de firmas constituye un trámite de autenticación en cuanto a que el funcionario que ha expedido el exhorto respectivo es efectivamente titular del tribunal exhortante. Es una garantía de certeza y, como lo apuntamos, de autenticidad. Ciertas legislaciones procesales del país no exigen la legalización de exhortos procedentes de otras entidades federativas. Así, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* establece la regla de que no es necesaria la legalización.³²⁸ La reforma del art. 1072 del *Código de Comercio*³²⁹ ha suprimido la necesidad de la legalización de exhortos en materia mercantil, superando de paso aquella práctica perniciosa, aunque legal, de que los exhortos fuesen enviados directamente de un gobernador a otro, lo cual excluía toda posibilidad de comunicación directa entre jueces y era una muestra adicional de la supeditación del poder judicial al poder ejecutivo.

La diligencia de un exhorto es el cumplimiento y práctica, por parte del tribunal exhortado, de las actuaciones procesales encomendadas por el tribunal exhortante. Son varias las reglas a que se sujeta la diligencia de exhortos y vamos a referirnos en seguida a las que consideramos de mayor importancia. El tribunal requerido no puede practicar otras diligencias que no se le hayan encomendado expresamente; la regla es consecuente con el propósito y con los fines de tal medio de comunicación,

³²⁸ Art. 107.

³²⁹ Art. 1072 del *Código de Comercio*, reformado según *Diario Oficial* del 4 de enero de 1989.

porque si el juez exhortado se excede y realiza actos y diligencias no solicitados, está realizando actos no pedidos, los cuales pueden inclusive complicar el asunto y entorpecerlo. Por otra parte, la regla relativa a que el juez exhortado no puede practicar otras diligencias, sino las expresamente señaladas, no debe interpretarse exageradamente y hemos notado que existe cierta tendencia legislativa orientada a atenuar tal rigorismo.

Sería recomendable que al no diligenciarse el exhorto a causa de que la persona o los bienes objeto de la diligencia se encuentren en otra circunscripción se debería remitir al juez de la localidad en que éstos se encuentren, poniéndolo en conocimiento del juez exhortante. Éste es un ejemplo claro de cómo, cumpliendo con el principio de economía procesal y con la finalidad del exhorto, el juez exhortador por su propia autoridad y ante ciertas circunstancias, pueda remitir el exhorto a otro juez, que no era el originalmente exhortado.

Ejemplo de esta nueva corriente nos lo proporciona un nuevo grupo de códigos,³³⁰ en los cuales se contemplan las reglas para el emplazamiento por exhorto, en los términos siguientes:

[...] si una vez despachado el exhorto sobreviniere un cambio de domicilio de la persona a quien se pretende emplazar, dentro de la jurisdicción del juez requerido, éste se entenderá facultado para hacer el emplazamiento en el nuevo domicilio, sin necesidad de nuevo exhorto, bastando que así lo pida la parte interesada ante el juez exhortado.

Lo anterior es también una muestra de cómo el juez exhortado puede salirse de los términos expresos del exhorto para mandar a emplazar al demandado al nuevo domicilio de éste. De lo contrario, y con una enorme pérdida de tiempo y contrariando el principio de economía procesal, el juez exhortado, imbuido de un rigorismo absurdo, devolvería el exhorto, pidiendo que en otro nuevo se le indicase el domicilio de forma correcta. Un segundo ejemplo de dichas tendencias lo encontramos en los códigos citados³³¹ que establecen que para la diligenciación de los exhortos, el juez requerido podrá resolver las cuestiones que se presenten con motivo de la ejecución de los mandamientos del requirente; es decir, que en esas legislaciones se otorgan o reconocen poderes al juez exhortado para resolver cuestiones que se deriven de la ejecución de los mandamientos del requirente. Por ejemplo, en un embargo de bienes inmuebles, efectuado por el juez exhortado, a la parte ejecutante le interesará que dicho embargo quede inscrito en el Registro Público de la Propiedad del lugar lo más pronto posible. Es frecuente en la práctica que los jueces exhortados exijan que la inscripción de tal embargo en el Registro Público sea ordenada por el juez exhortante para lo que debe librar un segundo exhorto. Es fácil imaginar la

³³⁰ Art. 171, fracc. IV, de los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas.

³³¹ Art. 163, fracc. V, de los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas.

serie de complicaciones y perjuicios que esto reportaría para el actor y por ello, si el registro de un embargo es una consecuencia normal de la realización del mismo, se debe entender que el juez exhortado está autorizado para expedir la copia certificada de la diligencia respectiva y para mandarla inscribir directamente en el Registro Público de la Propiedad que corresponda al distrito o partido judicial de ubicación del inmueble.

Entonces, la regla de que el juez exhortado no debe excederse en la realización de los actos que no se le hayan encomendado no puede llegar a rigorismos absurdos, pues todo aquello que realice de acuerdo con la naturaleza y con el propósito de los actos o que sea una consecuencia normal o natural de éstos, debe entenderse que está facultado para realizarlo.

Otro aspecto digno de un breve comentario es el relativo a que la diligenciación de un exhorto no puede afectar a terceros extraños a la contienda judicial de la cual se motive.

Además, en la diligenciación de exhortos no deberán suscitarse ni promoverse cuestiones de competencia, dejándose a salvo la facultad del juez requerido en cuanto a si decide o no cumplimentar el exhorto respectivo. A este respecto, sería interesante establecer que si el juez exhortado cree que no debe cumplimentar el exhorto, por interesarse en ello su jurisdicción o si tiene dudas acerca de este punto, oye al Ministerio Público y resuelve dentro de tres días, promoviendo, en su caso, la competencia. Por su parte, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*³³² dispone que la sola cumplimentación de un exhorto no implica que el tribunal exhortado esté impedido para sostener su competencia.

Una cuestión interesante, en relación con la diligenciación de exhortos, es que no se admitirá la recusación al cumplimentarse éstos, según lo dispone el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.³³³ Es decir, si existe algún impedimento por parte del juez exhortado, esto implica que para la mera cumplimentación o diligenciación del exhorto, dicho juez no está obligado a excusarse ni ninguna de las partes tendrá el derecho para promover su recusación.

Finalmente, también es interesante la regla respectiva al plazo dentro del cual debe ser diligenciado el exhorto. Al respecto, el mismo código³³⁴ dispone que los exhortos, una vez recibidos, se proveerán dentro de las veinticuatro horas siguientes a su recepción y se diligenciarán dentro de los cinco días siguientes, a no ser que lo que haya de practicarse exija necesariamente mayor tiempo. El *Código Federal de Procedimientos Civiles*³³⁵ establece que se proveerán dentro de los tres días siguientes

³³² *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 147.

³³³ *Ibid.*, art. 177, fracc. II.

³³⁴ *Ibid.*, art. 104.

³³⁵ Art. 300.

a su recepción y se diligenciarán dentro de los cinco siguientes, a no ser que lo que haya de practicarse exija necesariamente mayor tiempo.

La devolución de los exhortos amerita las consideraciones siguientes. Una vez diligenciado, o bien cuando por cualquier circunstancia la diligenciación no ha sido posible, el juez exhortado debe remitir al juez exhortante el exhorto respectivo, a la mayor brevedad posible. Nuestras leyes, dando una indebida facilidad principalmente a los actores interesados, los autorizan a hacer llegar a su destino los exhortos. Así, el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*³³⁶ dispone que pueden los tribunales acordar que los exhortos y despachos que manden expedir se entreguen, para hacerlos llegar a su destino, a la parte interesada que hubiere solicitado la práctica de la diligencia, quien tendrá la obligación de devolverlos con lo que practicare, si por su conducto se hiciera la devolución. Un criterio similar encontramos en el *Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora*³³⁷ cuando expone que los exhortos y despachos pueden entregarse a la parte interesada que hubiere solicitado la práctica de la diligencia para que los haga llegar a su destino y asuma la obligación de devolverlos, si por su conducto se hiciera la tramitación.

Estamos totalmente en contra de tales disposiciones, las cuales, en nuestra opinión, deben reformarse con objeto de que la remisión de exhortos no permita la intervención directa de las partes interesadas. Es cierto que las partes interesadas, principalmente las solicitantes de la expedición del exhorto, alegan que por su propio conducto la documentación llega a su destino con mayor prontitud y con mayor oportunidad para ellos. Sin embargo, se corre el grave riesgo de alteraciones y falsificaciones de los datos del exhorto, lo cual se puede evitar con la remisión directa de la documentación de un juez a otro. Desde luego, todavía es mucho más grave que se autorice la devolución del exhorto por conducto de la parte interesada una vez diligenciado. Debemos hacer hincapié en que un exhorto ya diligenciado contiene actuaciones procesales, las cuales no siempre son favorables para las partes interesadas a las que se les entrega. Para no correr riesgos, la devolución del mismo siempre debería de hacerse directamente de juez a juez. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una diligencia de embargo, en la cual se haya gravado un bien que no es de la propiedad del ejecutado. Es de esperar que el propietario estará sumamente interesado en promover una tercería excluyente de dominio ante el juez del conocimiento, es decir, ante el juez exhortante; sin embargo, no tendrá éxito, o al menos, curso su tercería, mientras que el exhorto diligenciado no llegue a poder del referido juez exhortante y es obvio que un actor ejecutante en cuyo poder se encuentra el exhorto diligenciado y que sabe que el bien embargado no es de la propiedad del demandado, no tendrá ninguna prisa ni interés en devolverlo oportunamente.

³³⁶ Art. 109.

³³⁷ Art. 165, fracc. III, de los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas.

Además, si tal interesado ejecutante obra de mala fe, podrá retardar y obstaculizar gravemente la administración de justicia, ya que mientras solicita informes sobre el exhorto al juez exhortado y éste le responde que ya lo devolvió por conducto del interesado y mientras se requiere al interesado para que lo devuelva, pueden pasar hasta años. Todo se habría evitado con la remisión directa del exhorto diligenciado, efectuada por el juez exhortado al juez exhortante.

Medios de comunicación procesal de la autoridad judicial a los particulares: notificación, emplazamiento, requerimiento, citación

En términos generales, la *notificación* abarca diferentes especies:

- a) La notificación en sentido específico, o sea la que se limita a dar traslado de una resolución judicial
- b) La citación, que implica un llamamiento para concurrir a la presencia judicial en lugar, día y hora determinados
- c) El emplazamiento, que supone la fijación de un plazo para comparecer. Todavía podríamos agregar como una subespecie de notificación el requerimiento, que contiene una intimación judicial para que una persona haga o deje de hacer alguna cosa.³³⁸

En sentido muy amplio, la notificación es, pues, la forma o el procedimiento marcado por la ley para que el tribunal haga llegar a las partes o a los terceros el conocimiento de alguna resolución o de algún acto procesal o bien tiene por realizada tal comunicación para los efectos legales. En cuanto a su finalidad procesal, hay diversos tipos de notificaciones: la notificación simple, el emplazamiento, el requerimiento y la citación, de los que nos ocuparemos a continuación.

Notificaciones

Como ya lo hemos anotado, las notificaciones en general son todos aquellos procedimientos, formas o maneras, mediante los cuales el tribunal hace llegar a los par-

³³⁸ N. Alcalá-Zamora y Ricardo Levene (hijo), *op. cit.*, t. II, p. 171.

ticulares, las partes, los testigos, los peritos, etc., noticia o conocimiento de los actos procesales, o bien presume que tales noticias les han llegado a dichos destinatarios o los tiene por enterados formalmente.

Emplazamiento

El emplazamiento puede definirse como

[...] el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez que, al admitirla establece un término (plazo) dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente.

Es decir, el emplazamiento constituye una forma especial de notificación que es la primera que se hace al demandado llamándolo a juicio. Las disposiciones en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* que se refieren a esta diligencia³³⁹ establecen que, por principio, el emplazamiento es una notificación personal que deberá hacerse al demandado y, si no se le encuentra en su domicilio, la notificación se convierte de *personal* a *por cédula*, la cual se entregará a los parientes o domésticos del interesado o a cualquier otra persona que viva en la casa. En tal diligencia se deberá correr traslado al demandado con anexo de la copia de los documentos que se hubieren acompañado a la misma y con copia de la propia demanda. Se señalan como efectos del emplazamiento los siguientes: 1. Prevenir el juicio a favor del juez que lo hace; 2. Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó; 3. Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazó, salvo el derecho de provocar la incompetencia; 4. Producir las consecuencias de la interpe-lación judicial, y 5. Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

El emplazamiento realizado conforme a las prescripciones legales es una diligencia de capital importancia para la validez de las sucesivas actuaciones procesales, tanto es así que la falta de emplazamiento da lugar, por disposición expresa del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*,³⁴⁰ a un artículo de previo y especial pronunciamiento para promover la nulidad de actuaciones. Si el emplazamiento no se llevó a cabo de acuerdo con las normas que lo rigen, procede la apelación extraordinaria contra la sentencia definitiva.³⁴¹

³³⁹ Arts. 114, fracc. I; 116-117, 256 y 259.

³⁴⁰ Art. 78.

³⁴¹ Art. 717, fracc. III, del mismo código.

Ciertos códigos de procedimientos civiles recientes³⁴² han reglamentado un tipo de emplazamiento por correo, en los términos siguientes:

Si la persona emplazada radica en el extranjero, el emplazamiento podrá hacerse mediante carta rogatoria o exhorto, o por *correo certificado con acuse de recibo*, contándose en este último caso el emplazamiento como hecho a partir de la fecha en que se recibe en el juzgado, de la oficina de correos el acuse de recibo debidamente firmado por el interesado.

A nuestro entender, este caso de emplazamiento por correo es criticable por su poca eficacia en la práctica y además porque con motivo de su utilización pueden surgir graves problemas y dificultades, máxime tratándose, por ejemplo, de un emplazamiento en el extranjero, por simple correo, que sujetaría quizás en muchos casos indebidamente, a la persona emplazada, quien por recibir una simple pieza postal quedaría sujeta a los resultados de un juicio seguido en otro país. Por ello, opinamos que los emplazamientos hechos a personas radicadas en el extranjero solamente deberían efectuarse mediante exhorto o carta rogatoria³⁴³ cursada por los conductos diplomáticos y de acuerdo con las reglas respectivas establecidas por el derecho internacional.

Requerimiento

El requerimiento es un medio de comunicación procesal, una notificación especial que debe ser hecha personalmente.³⁴⁴ El requerimiento implica una orden del tribunal para que la persona o entidad requeridas hagan algo, dejen de hacerlo o entreguen alguna cosa. Quien requiere es, en estos casos, la autoridad judicial y el destinatario de este medio de comunicación lo puede ser una parte, pero también hay situaciones en las que el requerido puede ser un perito, un testigo o un tercero ajeno. En algunas ocasiones, otra autoridad auxiliar del tribunal o los propios subordinados de éste. Por ejemplo, a las partes se les puede requerir para que entreguen algún objeto o para que realicen alguna conducta o dejen de realizar alguna otra. A los peritos, para que rindan sus dictámenes; a los testigos, para que se presenten a declarar, y a terceros ajenos a la relación sustancial, por múltiples circunstancias que pueden presentarse en el desarrollo de un proceso. Tal sucede cuando se ordena al patrón, requiriéndolo para ello, que retenga los sueldos de su trabajador,

³⁴² Sonora y Zacatecas en su art. 171, fracc. V.

³⁴³ Cfr. arts. 549 a 556 del *Código Federal de Procedimientos Civiles* y arts. 104 y 106 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

³⁴⁴ Cfr. art. 114, fracc. V del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

cuando hayan sido embargados con motivo de una deuda alimentaria o bien se puede requerir a una autoridad para que rinda algún informe o envíe alguna documentación, etcétera.

Citación

La citación es el último medio de comunicación que pueden dirigir las autoridades judiciales a los particulares y consiste, precisamente, en un llamamiento hecho al destinatario de tal medio de comunicación para que comparezca o acuda a la práctica de alguna diligencia judicial fijándose, por regla general, para tal efecto, día y hora precisos. En algunas ocasiones, pensamos que pueden coincidir la citación y el requerimiento y quizá valdría la pena hablar de apercibimiento, el cual no es sino la advertencia de que el destinatario será sancionado si no cumple con lo requerido, aunque el apercibimiento no es en sí un medio de comunicación procesal, sino una corrección disciplinaria.

50

Formas o medios de hacer las notificaciones

Examinaremos a continuación los diversos procedimientos para realizar las notificaciones. Así, las notificaciones se entregan de manera:

- Personal
- Por cédula
- Por boletín judicial
- Por edictos
- Por correo y telégrafo
- Por teléfono
- Por radio y televisión
- Por fax

Personal

La notificación personal es la que se hace por medio del notificador, quien tiene frente a sí a la persona interesada y le comunica de viva voz la noticia que debe dársele. Es evidente que las resoluciones notificadas personalmente, para que surtan sus efectos en relación con la persona notificada, suelen ser las de mayor importancia y relevancia en el proceso. En el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*³⁴⁵ se ordena que se hagan personalmente las notificaciones del emplazamiento

³⁴⁵ Art. 114.

del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte; del auto que ordena la absolución de posiciones o reconocimiento de documentos; de la primera resolución que se dicte, si se dejare de actuar más de seis meses por cualquier motivo; cuando se estime que se trate de un caso urgente y así se ordene; el requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo, la sentencia que condene al inquilino de casa habitación a desocuparla y la resolución que decrete su ejecución; y la sentencia que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla; además de los casos en que la ley así lo disponga.

Algunas legislaciones,³⁴⁶ con todo acierto en nuestra opinión, disponen también la notificación personal de la sentencia definitiva. Otra cuestión que plantea serias dudas es la de si una sentencia condenatoria que, por ejemplo, ordene pagar cierta suma o devolver algún bien, deba o no deba notificarse personalmente, en razón de contener la necesidad de un requerimiento de un acto concreto a la parte que deba cumplirlo y en una sentencia de condena está implícito tal requerimiento. Por otra parte, en sentido estricto consideramos que la notificación personal es únicamente la hecha por el notificador de palabra viva con presencia física del destinatario de la notificación. Veremos en seguida cómo en algunos casos, si en sentido estricto esta notificación personal no puede realizarse, puede suplirse válidamente mediante una notificación por cédula, en los términos que adelante explicaremos.

Por cédula

La notificación por cédula acepta tres modalidades diversas a las que nos referimos en seguida. La cédula de notificación es un documento que contiene fundamentalmente la copia literal de la resolución por notificarse, el nombre de la persona a quien debe hacerse la notificación, el motivo por el que se hace la notificación por cédula, la naturaleza y objeto del juicio del cual emana, los nombres y apellidos de los litigantes, la identificación del tribunal de donde proviene dicha notificación, así como la fecha en que se extiende, la hora en que se deja y la firma del que notifica.

Decíamos que la notificación por cédula puede adoptar diversas modalidades, a saber: cédula entregada, cédula fijada en los estrados o en algún otro lugar y cédula inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

La cédula se entrega cuando por cualquier circunstancia no se encuentra el sujeto que debe ser notificado. Si se trata de la primera notificación, ya no se deberá

³⁴⁶ Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora y Zacatecas; cfr. art. 172, fracc. III.

dejar citatorio al interesado para que espere al notificador, sino que se le notificará en una cédula que se entrega a los parientes, trabajadores domésticos o empleados del interesado o a cualquier persona que habite en ese domicilio.³⁴⁷ Cuando se trate de citar a peritos y testigos, la citación se hará por conducto de la parte que haya ofrecido dichas pruebas y será en su perjuicio la falta de comparecencia de tales citados a quienes no se les volverá a buscar, salvo que este código o el juez disponga otra cosa. La entrega de la citación por las partes, a peritos y testigos, tendrá como efectos para éstos la comprobación ante las personas que a los citados les interese de su llamamiento en la fecha y hora que se precise, pero su inasistencia no dará lugar a la imposición de medida de apremio alguna a dichos terceros, sino que se desechará tal probanza.³⁴⁸

La fijación de la cédula hipotecaria en algún lugar conveniente de la finca, paralelamente al emplazamiento, sigue conservándose en algunas legislaciones estatales, pero el texto actual de nuestro código procesal distrital ya no la contempla. El efecto de publicidad, a nuestro juicio, queda cabalmente cumplido con la inscripción en el Registro Público de la Propiedad a la que nos referiremos más adelante.³⁴⁹ La cédula hipotecaria que antes se reglamentaba, contenía una relación sucinta de la escritura y concluía en estos términos:

[...] en virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca [...] de la propiedad de [...] a juicio hipotecario, lo que se hace saber a las autoridades y al público, para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquiera otra que entorpezca el curso del presente juicio o viole los derechos en él adquiridos por el C.³⁵⁰

Legislaciones procesales más modernas³⁵¹ han suprimido la fijación de la cédula en la finca afectada, porque en la realidad no hay garantía alguna de que tal documento permanezca fijado por largo tiempo en el lugar en que los funcionarios judiciales lo coloquen.

La última modalidad presentada por la notificación por cédula es la relativa a aquella que debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad. Para tal efecto se expedirá copia certificada de la cédula por duplicado para que un ejemplar quede en la oficina respectiva y otro, con la anotación del registro, se agregue a los autos. Los destinatarios de esta notificación constituyen un sujeto pasivo universal y puede afirmarse que la misma, por su carácter registral, surte efectos *erga omnes*.

³⁴⁷ Cfr. arts. 116-117 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

³⁴⁸ Art. 120 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

³⁴⁹ Art. 479 del código citado.

³⁵⁰ *Ibid.*, art. 478, hoy derogado.

³⁵¹ Art. 527 y ss., de los Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora y Zacatecas.

Por boletín judicial

En el Distrito Federal puede decirse que, como regla general, todas aquellas notificaciones que no tengan señalada en la ley una forma especial de realizarse, se harán por medio del *Boletín Judicial*. Esta publicación está ordenada por la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, que dispone que se publicará diariamente los días hábiles.³⁵²

Las disposiciones respectivas del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*³⁵³ establecen que la segunda y ulteriores notificaciones se harán personalmente a los interesados o a sus procuradores, si éstas ocurren al tribunal o juzgado respectivo en el mismo día en que se dicten y, si no ocurren, la notificación se tendrá por hecha y surtirá sus efectos al día siguiente al de su publicación. Recordamos aquí que este tipo de notificación es de las que denominamos *formales*, porque la publicación referida no comunica en realidad nada, pues sólo contiene una lista con el señalamiento de los procesos y trámites en los cuales se han dictado resoluciones, a manera de un verdadero aviso, cuyo propósito consiste en que los interesados acudan al tribunal para enterarse de la providencia por comunicárseles. Lo que sucede es que, acudan o no acudan los interesados, es decir, se enteren o no de lo que deben conocer, la ley da por hecha la notificación con la publicación de la lista a que nos hemos referido en el *Boletín Judicial*.

Por edictos

El *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*³⁵⁴ establece que procede la notificación por edictos en los tres supuestos siguientes:

- I. Cuando se trate de personas inciertas;
- II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de una institución que cuente con registro oficial de personas; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el título noveno de este código;
- III. Cuando se trate de inmatricular un inmueble en el Registro Público de la Propiedad, conforme al artículo 3047 del *Código Civil*, para citar a las personas que puedan considerarse perjudicadas.

³⁵² Arts. 161, 162 y 165 de la ley orgánica mencionada.

³⁵³ Arts. 123 y 125.

³⁵⁴ Art. 122.

Al igual que en el caso de la notificación mediante el *Boletín Judicial*, la notificación por edictos se califica de formal, en cuanto a que el destinatario o destinatarios de tal medio de comunicación puedan existir o no y puedan enterarse o no de los edictos publicados.

El edicto constituye un verdadero llamamiento judicial a los posibles interesados o a las personas de las cuales se ignora el domicilio y consiste en la publicación de tal llamamiento en los periódicos de mayor circulación, en el *Boletín Judicial* y, en algunos casos, en el *Diario Oficial*. La misma disposición citada ordena en algunos casos la fijación de los edictos en lugares públicos.

El mismo ordenamiento legal al que nos referimos establece la necesidad de fijar avisos o edictos, tanto en el caso de los juicios sucesorios en que sean los parientes colaterales quienes solicitan la declaración de herederos, como para el llamado de postores para la pública subasta en los remates judiciales.³⁵⁵

Por correo y telégrafo

Los testigos, peritos o terceros que no constituyan parte podrán ser citados por correo certificado o telégrafo, en ambos casos a costa del promovente, dejando constancia en autos. Cuando se haga por telegrama se enviará por duplicado a la oficina que deba transmitirlo, la cual devolverá, con el correspondiente recibo, uno de los ejemplares que se agregará al expediente. Cuando se realice por correo, se dejará copia del documento en que conste la citación, así como el acuse de recibo que recabe el correo. En todo caso el secretario de acuerdos dará fe de que el documento en donde conste la situación se contenga en el sobre correspondiente.³⁵⁶ Actualmente aumenta la tendencia a usar estos medios de comunicación, inclusive para comunicaciones cursadas a las partes, todo lo cual requeriría indudablemente la reglamentación minuciosa de un verdadero servicio postal judicial, como parece haberlo propuesto el proyecto Couture del *Código Procesal para el Uruguay*.³⁵⁷ Los códigos de Sonora y Zacatecas contienen la innovación que ya hemos comentado relativa al emplazamiento por correo certificado, con acuse de recibo, en el caso de que el demandado radique en el extranjero.

³⁵⁵ Cfr. arts. 570, 572 y 807.

³⁵⁶ Art. 121, párrafos primero y segundo, del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

³⁵⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Las comunicaciones por correo, telégrafo, teléfono y radio, en el derecho procesal comparado", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 1, enero-abril de 1948, pp. 1-26.

Por teléfono

Este grupo de códigos procesales civiles de la provincia admite³⁵⁸ la posibilidad de que las comunicaciones para citar a peritos, testigos o terceros, puedan hacerse por vía telefónica. La legislación del Distrito Federal ya autoriza el empleo de tal medio de comunicación,³⁵⁹ lo que antes sólo excepcionalmente se permitía en el título especial de la justicia de paz.³⁶⁰ Las dificultades que presenta en la práctica son obvias y se centran en la imposibilidad, tanto del notificador como del notificado, para identificar plenamente a sus respectivos interlocutores y, por otra parte, a los obstáculos que puede representar la certificación o registro procesal de que la notificación haya sido hecha por la vía telefónica.

Por radio y televisión

Por ahora, en nuestro sistema jurídico no existe una disposición que autorice la utilización del radio o de la televisión como medios de comunicación procesal. No vemos, sin embargo, dificultad infranqueable para que los mismos sean reglamentados en las futuras reformas a nuestras leyes procesales. Por ejemplo, los edictos que llaman a interesados o a personas de domicilio desconocido podrían, además de fijarse en los lugares públicos e incluirse en los periódicos, también lanzarse al aire por estos medios de gran difusión entre sectores de radioescuchas o televidentes, quienes son más que los lectores de publicaciones impresas. Todo ello requeriría una cuidadosa reglamentación y los problemas de identificación y carácter de la entidad notificadora y de certificación y registro en autos de que la emisión ha sido efectivamente realizada, pueden ser salvados fácilmente. Alcalá-Zamora y Castillo, con gran sentido crítico y dotes excepcionales de visionario, adelanta ideas que a algunos podrían parecer demasiado avanzadas, sobre todo en el tiempo en que las expuso, pero que son revelaciones de algo que, tarde o temprano, llegará.

El día en que los tribunales cuenten con equipos e instalaciones de televisión, los juzgadores podrán por tal medio recibir declaraciones a distancia, el exhorto correspondiente, a cursar por teléfono o radio, se reduciría a la citación del declarante, sin ir acompañado de interrogatorio, puesto que el juez exhortado no asumiría la prueba —sería a lo sumo un testigo instrumental de su práctica—, sino que ésta la dirigiría el exhortante, televisivamente enfrentado con el testigo. Tendríamos así, junto a una in-

³⁵⁸ Art. 176 de los códigos procesales de Sonora y Zacatecas.

³⁵⁹ Art. 121, tercer párrafo.

³⁶⁰ Art. 15.

mediatividad inmediata, valga la redundancia, una inmediatividad mediata, valga el contrasentido.³⁶¹

Por fax

Este medio de comunicación comienza a tener aplicaciones procesales en España: los abogados reciben ya directamente diversos tipos de notificaciones provenientes de los tribunales por fax. En México tenemos el caso en materia federal electoral, en que ya se contempla esta forma de notificación para casos urgentes o extraordinarios, condicionando que surta los efectos legales correspondientes a partir de que se tenga constancia de su recepción o se acuse su recibo.³⁶²

La reforma al *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* de mayo de 1996 admite ya, en el párrafo tercero del art. 121, el uso del fax y del teléfono como medios de comunicación procesal.

Internet

El uso cada vez más extendido de la red informática hace ya imperioso que se reglamenten pronto las vías y los procedimientos para que tanto las promociones dirigidas al tribunal como las resoluciones de éste puedan cursarse a través del correo electrónico.

³⁶¹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Las comunicaciones por correo...", p. 25.

³⁶² Cfr. art. 29 de la *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral* y art. 84 del *Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*.

Nulidad procesal. Su distinción de la impugnación propiamente dicha

En términos generales, podemos considerar que

la nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello [...] la función específica de la nulidad no es propiamente asegurar el cumplimiento de las formas, sino de los fines asignados a éstas por el legislador.³⁶³

En otras palabras, la nulidad es una sanción por falta o por defecto de la forma jurídica, pero no debe entenderse esto como el cumplimiento de la forma por la forma misma. La forma tiene una finalidad útil, o al menos debería tenerla, y por ello detrás de cada forma o formalidad procesal habrá siempre de buscarse el propósito que el legislador persiguió con el establecimiento de la misma, porque el defecto o la falta de forma se traducirá en la existencia de una situación inconveniente y por ello, el propio legislador priva de efectos jurídicos a determinados actos cuando éstos no han cumplido las formalidades.

Por lo demás, la teoría de las nulidades de los actos jurídicos "es un concepto que domina en el campo del derecho sin ser privativa de ninguna de sus ramas, cada una de las cuales le impone modalidades propias".³⁶⁴

En lo que podríamos llamar la teoría de la ineficacia de los actos jurídicos, se ha pretendido distinguir tres grados de ineficacia que son: la *inexistencia*, la *nulidad absoluta* y la *nulidad relativa*. La falta de formalidad, la carencia de un objeto jurídica-

³⁶³ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. I, p. 627.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 629.

mente válido, la ausencia o vicio del consentimiento, etc., dan lugar a diversos grados de ineficacia jurídica. Además debemos considerar que esencialmente las mismas razones motivantes de la ineficacia jurídica de los actos jurídicos pueden ocasionar la ineficacia de los actos procesales; sin embargo, no puede simplemente trasladarse, sin mayor adaptación, la teoría de las nulidades, principalmente estudiadas por el derecho civil, al campo del derecho procesal, porque en éste las ineficacias, los diversos tipos de nulidad, las formas como se hacen valer, etc., deberán tener peculiaridades y enfoques muy particulares, los cuales habrán de tenerse muy en cuenta.

Como se ve, aunque la terminología en el derecho procesal es la misma que en el derecho civil, los conceptos no son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos. Así, en tanto que en derecho civil los actos afectados de nulidad absoluta no producen ningún efecto, puede ser declarada de oficio y no admite confirmación, en derecho procesal producen sus efectos mientras la nulidad no sea declarada y pueden ser confirmados por consentimiento expreso o tácito de las partes.³⁶⁵

Tradicionalmente, la nulidad procesal es un concepto opuesto al de validez o regularidad de los actos procesales. En este orden de ideas, un acto jurídico procesal puede estar afectado de algún grado de ineficacia, en cuanto no sea plenamente válido precisamente en función de no reunir todos los requisitos que para dicha validez le señale el propio sistema jurídico. También tradicionalmente, el procesalismo ha manejado como conceptos relacionados con la nulidad procesal los de *nulidad de actuaciones y recursos de nulidad*. La nulidad de actuaciones constituye un trámite incidental, el cual a veces suele ser de previo y especial pronunciamiento y que la propia ley autoriza para invalidar las diligencias y actuaciones practicadas cuando no se hayan ajustado a los trámites establecidos.³⁶⁶ En la legislación del Distrito Federal, las disposiciones que se refieren a la nulidad de actuaciones³⁶⁷ establecen que éstas serán nulas si les falta alguna de las formalidades esenciales, de manera que quede sin defensa cualquiera de las partes, y cuando la ley expresamente lo determine, pero no podrá ser invocada esta nulidad por la parte que dio lugar a ella. La nulidad establecida en beneficio de una de las partes no puede ser invocada por la otra. Las notificaciones hechas de forma distinta a como lo previene el propio código serán nulas, pero si la persona notificada se hubiere manifestado en juicio sabedora de la providencia, la notificación, surtirá desde entonces sus efectos como si estuviere legítimamente hecha. La nulidad de una actuación debe reclamarse en la actuación subsiguiente, pues de lo contrario aquélla queda revalidada de pleno

³⁶⁵ *Ibid.*, pp. 637-638.

³⁶⁶ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. III, p. 53, voz: "Nulidad de actuaciones".

³⁶⁷ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, arts. 74-78.

derecho, con excepción de la nulidad por defecto en el emplazamiento. Sólo formará artículo de previo y especial pronunciamiento la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento. Los incidentes que se susciten con motivo de otras nulidades de actuaciones o de notificaciones se tramitarán y resolverán en los términos de lo dispuesto por el propio código.³⁶⁸ Independientemente de todas estas disposiciones, la llamada *apelación extraordinaria*, reglamentada en el mismo cuerpo legal,³⁶⁹ no constituye en rigor un verdadero recurso, sino un procedimiento de anulación de actuaciones en los casos extremos señalados en dicho texto legal. Cuando se hubiere notificado el emplazamiento al reo por medio de edictos, y el juicio se hubiere seguido en rebeldía; cuando no estuvieren representados legítimamente el actor o el demandado, o si siendo incapaces, las diligencias se hubieren entendido con ellos; cuando no hubiere sido emplazado el demandado conforme a la ley, y cuando el juicio se hubiere seguido ante un juez incompetente, no siendo prorrogable la jurisdicción. Como se observa, todos los supuestos de procedencia de la apelación extraordinaria, en rigor, son elementos sustanciales para la validez y plena regularidad de un proceso; en otras palabras, si se da uno de esos supuestos, el proceso respectivo se ha construido sobre una base falsa y, por tanto el efecto de la llamada *apelación extraordinaria*, si triunfa, es el de anular prácticamente todo un proceso.

Pero con las anteriores consideraciones estamos ya tocando el campo del denominado recurso de *nulidad*, al cual Cabanellas³⁷⁰ clasifica de comodín procesal por las varias acepciones que ha tenido el mismo a través de la historia. Así, informa, que el recurso de nulidad ha sido sinónimo del recurso de casación. Comoquiera que sea, ese recurso de nulidad se intenta para obtener la nulidad de una sentencia dictada en otro juicio, ya sea por violaciones de procedimiento o por violaciones de fondo o mérito. Nuestro juicio de amparo directo, como juicio de tipo casacional, corresponde indudablemente a esta idea anuladora de una sentencia dictada con errores o violaciones manifiestos ya sea en el procedimiento o ya sea en la misma sentencia. Sólo que aunque los efectos sean de anulación o de desaplicación de la sentencia dictada con violaciones procesales o de fondo, nosotros no llamamos a dicho recurso, recurso de nulidad.

Pensamos que puede ser útil para el estudioso del derecho procesal enfocar una distinción entre el recurso propiamente dicho y una impugnación de nulidad de actos procesales. En rigor, el recurso propiamente dicho tiene como finalidad específica la de que la resolución impugnada sea revisada y como resultado de dicho análisis o examen, corra alguna de estas tres posibles suertes: sea confirmada, sea

³⁶⁸ Art. 88 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

³⁶⁹ *Ibid.*, arts. 717-722.

³⁷⁰ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. III, p. 493, voz: "Recurso de nulidad".

modificada o sea revocada, según tendremos oportunidad de ver más adelante.³⁷¹ Por el contrario, el recurso de nulidad, ya lo hemos dicho, tiene por finalidad desaplicar o quitar efectos a ese acto o a esas actuaciones procesales, cuando se presenta un vicio o irregularidad procesal.

En la doctrina ha sido escaso el tratamiento de las cuestiones relativas a las nulidades procesales, por eso cabe destacar la reciente publicación de la obra que sobre el tema ha escrito Gabriel Moreno Sánchez.³⁷²

52

Nulidad de un proceso

Ya vimos que determinados actos procesales pueden estar afectados de invalidez y esto acarrea la nulidad no solamente de dichos actos, sino de todo el proceso. En el capítulo anterior hemos examinado las dos formas de expresión procesal de la nulidad, o sea, la nulidad de actuaciones y el recurso de nulidad. Ambas posibilidades implican medios para impugnar alguna resolución, que pudiéramos calificar de normales u ordinarios y los cuales están sujetos para su interpretación, a determinados plazos.

En el presente capítulo nos centramos en la problemática de un proceso existente, válido en apariencia, y el cual, sin embargo, puede estar sujeto a un examen ulterior respecto de su validez en otro proceso. Es decir, se trata de la posibilidad de atacar la validez de todo un proceso mediante otro segundo o ulterior proceso. Estamos en el campo de lo que podríamos llamar la *impugnación de la cosa juzgada*. La cosa juzgada es una institución mediante la cual se garantiza que una vez alcanzada una sentencia definitiva, que no está ya sujeta a posibles impugnaciones, lo que dicha sentencia ordene se tenga como definitivo e invariable, como verdad última, no sujeta a revisión.

La cosa juzgada tiene cierto carácter irrevocable, y frente a la resolución definitiva no cabe, ya a las partes, probar lo contrario. Surge la excepción de cosa juzgada cuando se pretende revivir un asunto ya fallado en forma definitiva; por cuanto se presume que el fallo se base en situaciones verdaderas, ya no controvertibles; de lo contrario, la justicia carecería de eficacia.³⁷³

³⁷³ G. Cabanellas, *op. cit.*, t. I, p. 359, voz: "Cosa juzgada".

³⁷¹ *Infra*, cap. 60.

³⁷² Gabriel Moreno Sánchez, *La nulidad procesal*, Oxford University Press, México, 2000.

La cosa juzgada es, pues, una garantía de definitividad de las resoluciones dictadas por la autoridad judicial. De no existir ésta, se daría lugar a situaciones litigiosas interminables, puesto que todo proceso, habiendo culminado con una sentencia, estaría sujeto a revisiones posteriores indefinidas con lo cual se crearía una situación de inseguridad y de incertidumbre jurídicas; de aquí la necesidad y la razón de ser de la cosa juzgada.

Sin embargo, existen casos en que, por la evidencia de la falla, del vicio, es necesario que un proceso aparentemente válido sea revisado y sujeto a un examen ulterior en un segundo proceso, con lo que se da la revisión de la cosa juzgada que equivale a un proceso, por cuyo medio se puede nulificar a otro proceso anterior.

La mayoría de las legislaciones procesales no contempla esta posibilidad, la cual sí encontramos reglamentada en los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas en los términos que en seguida indicaremos.

La cosa juzgada puede ser impugnada mediante un juicio ordinario de nulidad y, disponen los cuerpos legales citados,³⁷⁴ de forma limitada que procederá dicha impugnación de la manera que sigue:

- I. Por los terceros ajenos al juicio que demuestren tener un derecho dependiente del que ha sido materia de la sentencia y ésta afecte sus intereses, si fue el producto de dolo o colusión en su perjuicio.
- II. Igual derecho tendrán los acreedores o causahabientes de las partes cuando exista dolo, maquinación fraudulenta o colusión en perjuicio de ellos.
- III. Por las partes, cuando demuestren que la cuestión se falló con apoyo en pruebas reconocidas o declaradas falsas con posterioridad a la pronunciación de la sentencia mediante resolución definitiva dictada en juicio penal, o se decida sobre algún hecho o circunstancia que afecte sustancialmente el fallo; cuando se hayan encontrado uno o más documentos decisivos que la parte no pudo encontrar; cuando la sentencia haya sido consecuencia de dolo comprobado por otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o si es contraria a otra sentencia dictada anteriormente y pasada en autoridad de cosa juzgada y siempre que no se haya decidido la excepción relativa.

Además, disponen los códigos citados que este juicio de nulidad no suspenderá los efectos de la cosa juzgada e impugnada, mientras no haya recaído sentencia firme que declare la nulidad. La referida nulidad sólo podrá pedirse dentro de los dos años siguientes a partir de la fecha en que el fallo impugnado quedó firme.

Independientemente del caso de una reglamentación concreta y precisa que permita impugnar la cosa juzgada, lo cierto es que ésta puede llegar a debilitarse y

³⁷⁴ Art. 357 de los códigos citados.

también a impugnarse en casos en que el proceso en el cual dicha cosa juzgada se haya producido, esté viciado de forma evidente e indubitable en sus elementos fundamentales. Es decir, un proceso afectado de una nulidad básica o fundamental, aunque en apariencia produzca cosa juzgada, podrá ser revisado por un juicio de nulidad en el cual se examine precisamente una cuestión de tal magnitud e importancia que haga caer por tierra toda la validez de este primer proceso y, por tanto, la cosa juzgada producida en él. En algunos de estos casos no podría pensarse ni siquiera en un lapso o plazo dentro del cual se pudiera impugnar esa cosa juzgada, porque la falla o vicio es de tal magnitud que no podrá convalidarse con el transcurso del tiempo. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un proceso en el que inclusive de buena fe y con desconocimiento del acto y del propio tribunal se lleva a efecto una diligencia de emplazamiento y no se encuentra al demandado y se presume su ausencia. Pero resulta que, en el caso ejemplificado, el demandado en el momento del emplazamiento, hecho mediante un tercero, por no haber estado dicho demandado en su domicilio, hubiere, sin saberlo ni siquiera las personas que estaban en su casa, fallecido antes del emplazamiento. El proceso respectivo podría seguir su curso en rebeldía y obtenerse la sentencia respectiva, declararse ésta ejecutoriada e inclusive ejecutarse; sin embargo, todo ello tendría una base falsa inicial o sea la de haberse iniciado el proceso en contra de un muerto. Es indudable que una cosa juzgada obtenida con base en una aberración de nulidad. Es el caso siempre sujeta a una revisión ulterior mediante un juicio de nulidad. Es el caso siempre abierto a la posibilidad de la nulidad de un proceso por medio de un segundo proceso, cuando el primero, repetimos, esté viciado de una ineficacia de tal magnitud que haga imposible pensar en el saneamiento de esa ineficacia por el simple transcurso del tiempo.

En las últimas décadas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en diversos sistemas jurídicos, se abre cada vez más la posibilidad de intentar vías de *revisión de la cosa juzgada*. Esto se hace evidente al comprobar que el tema ha sido tratado frecuentemente en jornadas y congresos de derecho procesal, así como en obras jurídicas de reciente publicación.³⁷⁵

³⁷⁵ Cipriano Gómez Lara, *Revisión de la cosa juzgada aparente o fraudulenta*, Relato general por Iberoamérica en XVIII Jornadas iberoamericanas, XI Jornadas uruguayas de derecho procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 393 a 413. Juan Carlos Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, 2a. ed., Librería Editora Platense, la Plata-Buenos Aires, 2001. Hugo Pereira Anabalón, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile, 1997.

Como en muchos otros temas y preocupaciones de la ciencia procesal, también en éste, relativo a los *principios procesales*, existen enormes divergencias y variaciones de criterio. De unos autores a otros cambia inclusive hasta la enunciación o lista de tales principios.

Eduardo Pallares, por ejemplo, los identifica con la denominación de *principios rectores del procedimiento*,³⁷⁶ es decir, ni siquiera del proceso. Y lista como tales a los siguientes:

- principio de *acumulación eventual*
- principio de *adaptación del proceso*
- principio de *adquisición procesal*
- principio de *concentración*
- principio de *congruencia de las sentencias*
- principio de *consumación procesal*
- principio del *contradictorio*
- principio de *convalidación*
- principio de *economía procesal*
- principio de *eficacia procesal*
- principio de *eventualidad*
- principio de *igualdad*
- principio de *impulsión procesal*

³⁷⁶ Eduardo Pallares, *Derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1961, pp. 69 y siguientes.

- principio de *iniciativa de las partes*
- principio de *inmediación*
- principio de *la libertad de las formas*
- principio de *probidad*
- principio de *protección*
- principio de *prueba por escrito*
- principio de *publicidad*
- principio de *subrogación y subsistencia de las cargas*
- principio de *sustanciación*
- principio *dispositivo*
- principio *inquisitivo*

De Pina y Castillo Larrañaga, apoyándose en Chioyenda, enumeran como principios fundamentales, en cuanto a la interpretación doctrinal de la ley procesal, los siguientes: el principio lógico, el principio jurídico, el principio político y el principio económico, y explican que

[...] el principio lógico del proceso está representado por esta fórmula: selección de los medios más seguros y expeditos para buscar y descubrir la verdad y evitar el error. El principio *jurídico* tiende a proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión. El principio *político* propónese introducir en el proceso la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio de la libertad individual. El principio *económico* exige que los pleitos no sean materia de graves impuestos, y tiende a evitar que por su duración y por los gastos sean sólo accesibles a las personas que ocupan una situación económica privilegiada. Chioyenda adiciona a estos principios otro más general, el de la economía de los juicios, según el cual conviene obtener el máximo resultado en el proceso con el menor empleo posible de la actividad jurisdiccional.³⁷⁷

Briseño Sierra,³⁷⁸ citando a Millar,³⁷⁹ expresa que éste consigna los siguientes principios que llama formativos: "de bilateralidad de la audiencia, de presentación por las partes e investigación judicial, del orden consecutivo, preclusión y acumulación eventual, de la prueba formal y la prueba racional, de la oralidad y escritura, de la intermediación y de la mediación, y de la publicidad y el secreto".

Briseño Sierra recuerda la enunciación de principios procesales hecha por Devis Echandía, y advierte que la lista de principios podría ser aumentada sin dificultad,

³⁷⁷ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 26.

³⁷⁸ Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, UNAM, México, 1968, p. 143.

³⁷⁹ A quien Alcalá-Zamora considera como el único procesalista de auténtica primera fila con que Estados Unidos de América ha contado; *cfr. Veinticinco años de evolución del derecho procesal*, p. 18.

pero tal vez lo conducente sería reducirla y modificarla. Lo primero como consecuencia de una correcta sistematización, y lo segundo como resultado de una investigación más a fondo [...] en todo caso, debe advertirse que son dos los problemas que deben resolverse en la búsqueda de los principios procesales. En primer lugar, el ya comentado de la significación del vocablo *principio*; y, en seguida, el atinente al concepto del proceso. La relación que surge posteriormente, entre principios y proceso dará la materia del tema. Si los principios son los orientes jurídicos, el proceso es la serie de instancias proyectivas; los principios procesales serán los postulados que mantienen el sentido del proceso.³⁸⁰

Para el propio Briseño, los principios procesales son los siguientes: el de *imparcialidad del juzgador*, el de *transitoriedad*, el de *igualdad de ocasiones de instancia de las partes* y el de la *eficiencia funcional*,³⁸¹

[...] otros principios, de los enunciados por las doctrinas aludidas, o no son procesales, o tienen naturaleza de reglas técnicas. Lo último sucede con aquellas máximas de doble solución: presentación de parte o investigación oficial, de disposición del debate o de derechos disponibles. Todos ellos además atañen a categorías que no son estrictamente procesales, por lo mismo que hablan de la pretensión y no de la instancia proyectiva.³⁸²

Por ello, mientras los principios orientan la regulación positiva, y mediante su aplicación se busca que la secuencia, por ejemplo, esté dirigida por un sujeto imparcial, que se desenvuelva expeditamente, que mantenga la bilateralidad de la instancia y la eficiencia de sus fases; las reglas técnicas ofrecen posibilidades que pueden ser contradictorias: invariar instancias orales o escritas, facultades de disposición o de indisponibilidad, de impulsión de parte o de oficio, etcétera [...] debe, pues, entenderse por principio técnico, la orientación en cualquier invariación que ofrezca una solución más adecuada. Según la materia a invariar se hablará de técnicas procesales, procedimentales y hasta parcialmente de técnicas de la prueba, de la sentencia, de la demanda, y demás.³⁸³

Finalmente, Delint Pérez,³⁸⁴ siguiendo en gran parte los lineamientos del propio Briseño Sierra, habla de los principios estructurales del proceso en los términos siguientes:

Así, por ejemplo, se habla de principios tales como los de igualdad de las "partes" frente al juzgador; del contradictorio o de la bilateralidad de la instancia; de economía procesal; de eventualidad u oportunidad de los actos procesales, de publicidad del proceso; de

³⁸⁰ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, p. 144.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 145-146.

³⁸² *Ibid.*, p. 147.

³⁸³ *Ibid.*, p. 148.

³⁸⁴ Ernesto Delint Pérez, *Estructura del proceso y derecho positivo mexicano*, México, 1969, pp. 108 y siguientes.

congruencia de la sentencia con el debate; concentración de los hechos cuestionados; de convalidación de los actos procesales nulos que no se impugnan oportunamente; de consumación procesal o extinción de las facultades procesales una vez ejercidas; del interés para obrar; de disposición de la materia litigiosa; inquisitorio; de adquisición procesal; de oralidad; de escritura; de inmediación. Otras listas se refieren, además, a los principios de buena fe o probidad; de impulso procesal; de concreción de la litis; de adaptación; de legalidad; de armonía de los procesos, de libertad de formas; de subrogación o subsistencia de las cargas; etc. Además de estos principios que se encuentran en obras dedicadas al "proceso civil", en los textos dedicados al "proceso laboral" o al "proceso penal", se encuentran los principios relativos, expuestos con el ánimo de fundamentar la "autonomía" de cada proceso. En torno al "proceso laboral" se habla de los principios de gratitud; rapidez; sencillez; hipervaloración del acto conciliatorio, y otros más. En torno al "proceso penal", entre otros, se exponen los de promoción oficiosa o inquisitorio; acusatorio; mixtos; de inevitabilidad; de irrevocabilidad; etc. [...] se justifica la proposición de denominar *principios estructurales del proceso* a aquellos que hacen referencia directa tanto a su estructura como a la dinámica de sus elementos que, como ha quedado señalado, son dos nociones que se determinan mutuamente. De esta manera y de acuerdo con lo que hasta aquí se ha dicho, por principios estructurales del proceso se entienden los siguientes: *proyectividad de la instancia, imparcialidad del juzgador, progresividad gradual y seccionalidad del proceso en fases.*

De todas las opiniones y consideraciones expuestas hasta aquí puede concluirse fácilmente que en materia de principios procesales estamos muy lejos de pretender alcanzar una uniformidad de criterio. Ello obedece a que no todos los autores entienden por principios procesales lo mismo. La tendencia a denominar estos principios *estructurales* o *básicos* nos parece encomiable, porque, en todo caso, no se trata de señalar tendencias o escuelas o prácticas de signo contrario en el desenvolvimiento de los actos procesales. Cuando estamos frente a esas polaridades (oralidad-escritura; publicidad-secreto; positivismo-publicidad; etc.) no nos encontraríamos, en rigor, frente a genuinos o verdaderos principios estructurales del proceso; éstos deben entenderse como aquellos rasgos o peculiaridades esenciales en el desenvolvimiento de todo proceso. En este orden de ideas, encontramos que las mismas razones que nos sirvieron como motivadoras o fundamentadoras de la unidad de lo procesal³⁸⁵ pueden servirnos ahora para deducir los principios procesales fundamentales. Advertimos, entonces, que el contenido de todo proceso es un litigio. La finalidad de todo proceso es la de solucionar el conflicto, en otras palabras, dirimir el litigio o controversia. En todo proceso existen siempre un juez o tribunal y dos partes que están supeditadas al tribunal o juez y que tienen intereses contrapues-

tos. Todo proceso presupone la existencia de una organización de tribunales con jerarquías y competencias, es decir, con un escalonamiento de autoridad y con una distribución de funciones. En todo proceso existe una secuencia u orden de etapas, desde la iniciación hasta el fin del mismo. En todo proceso existe un principio general de impugnación. Y finalmente, en todo proceso existen cargas, posibilidades y expectativas, con oportunidades de actuación y sanciones de decadencia por descuidos y faltas de diligencia de las partes.

Las razones fundamentales, pues, de la unidad de lo procesal, nos permiten deducir los principios fundamentales de la estructura del proceso que, a nuestro entender, son precisamente los siguientes:

1. El contenido de todo proceso es un litigio y su finalidad es la de resolverlo.
2. Toda relación procesal tiene una estructura triangular en la que el tribunal o juez está colocado en el vértice superior, y las dos partes, con intereses contrapuestos entre ellas, en los vértices inferiores.
3. El proceso es un fenómeno dinámico, transitorio y proyectivo. Esta proyectividad debe entenderse en cuanto a la estructura misma de la relación entre las partes y el juez, y en cuanto al eslabonamiento, cadena o serie, que es esencial entre unos y otros actos procesales, desde el primer acto de excitación al tribunal, hasta el último acto procesal.
4. El principio de impugnación, que abre la puerta a la revisión y análisis de las resoluciones del juzgador, lleva implícitos los principios lógico y jurídico de Chiovenda, citados por Castillo Larrañaga y De Pina. Es decir, hay impugnación procesal, en virtud de que el juzgador está obligado a actuar imparcialmente y, además, al hacerlo, debe hacerlo observando las reglas de la lógica, de la igualdad de las partes y de la legalidad en la resolución. Todo esto nos llevará forzosamente a los principios de congruencia y de motivación de la sentencia, los cuales deben estar presentes en todo tipo de proceso.
5. En todo proceso existen cargas, posibilidades y expectativas, las que implican que estén señaladas las oportunidades precisas de actuación de las partes en cada etapa o momento de desarrollo del procedimiento y a su vez, que precluyan los derechos a ejercer determinadas conductas cuando no se hayan ejercido dentro de los plazos u ocasiones propicios y como verdaderas sanciones por el descuido o indolencia de las partes o de sus abogados.

³⁸⁵ *Supra*, cap. 7.

Eventualidades procesales: acumulación de partes, de pretensiones y de expedientes; conexidad; litispendencia y atractividad; escisión de procesos

Con la expresión de *eventualidades procesales* comprendemos los accidentes de realización incierta o conjetural que puede sufrir el proceso en su desenvolvimiento y desarrollo. Estamos ante el fenómeno que puede denominarse de la *acumulación procesal* y también frente a otro fenómeno, de signo contrario, la *escisión o separación procesal*. En el caso de la acumulación, en rigor, se pueden contemplar tres especies que dan lugar a la acumulación de partes (litisconsorcio), acumulación de acciones (de pretensiones) y acumulación de autos (o de expedientes). Se trata, como veremos en seguida, de tres fenómenos distintos, aunque en algunas ocasiones relacionados.

Para Briseño Sierra, "acumular es un resultado [...] la acumulación, considerada desde el ángulo lógico, ha de mostrar una necesidad de reunión".³⁸⁶ No obstante las objeciones del autor, nosotros sí pensamos que las razones fundamentadoras de toda acumulación radican en un principio de economía procesal y también en un principio lógico, entendido de la manera que lo explican Castillo Larrañaga y De Pina.³⁸⁷ Es decir, ahí donde es susceptible de existir la concentración y con ello se evite, por su medio, la duplicidad o multiplicidad de situaciones y relaciones procesales, habrá un ahorro de actividad jurisdiccional y de actividad accionadora; por otra parte, es aconsejable que las cuestiones conexas se resuelvan al mismo tiempo y por el mismo juzgador, con lo que es dable evitar resoluciones contradictorias, en asuntos que también estén íntimamente vinculados.

³⁸⁶ Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal*, t. IV, pp. 148 y 151.

³⁸⁷ Rafael de Pina y Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 26.

De cualquier suerte, es conveniente insistir en que los tres tipos de acumulación apuntados son fenómenos distintos que merecen un tratamiento por separado.

Acumulación de partes

La acumulación de partes es un fenómeno dentro del que caben dos posibilidades: pluralidad de partes y litisconsorcio.

No deben confundirse ambas situaciones, porque en la pluralidad de partes tenemos la posibilidad de intervención de terceros (terceristas) en relaciones procesales preexistentes. En cuanto a esas intervenciones de terceros y terceristas, remitimos a lo dicho sobre el particular.³⁸⁸

El fenómeno del litisconsorcio puede entenderse como

La situación y relación procesal surgida de la pluralidad de personas que, por efecto de una acción entablada judicialmente, son actores o demandantes en la misma causa, con la consecuencia de la solidaridad de intereses y la colaboración en la defensa. La unidad de representación, salvo discrepancias entre los interesados, la multiplicidad de copias en los escritos, la simultaneidad de las diligencias, el curso único para el procedimiento y la decisión común del caso constituyen aspectos principales de la unidad procesal; dentro de la diversidad de demandantes y demandados el litisconsorcio se divide, por la relación numérica, en activo, si existe mayoría (pluralidad) de actores o demandantes; y pasivo cuando predominan los demandados o reos [...] por la espontaneidad en su formación se distingue el facultativo (voluntario) si procede del... acuerdo con los litisconsortes; o necesario, si está determinado por precepto legal.³⁸⁹

Briseño³⁹⁰ pretende distinguir el fenómeno del litisconsorcio del de pluralidad de partes, y en este último quiere encontrar un accionar de tres sujetos distintos (o más), mientras que en el litisconsorcio siempre las posiciones fundamentales ante el juez son dos, aun cuando en una de esas posiciones haya varios sujetos que sustentan una posición común:

En unos casos acontece que las pretensiones se abren como abanico para corresponder a los distintos sujetos, pero en otros son las instancias las que se distribuyen proyectándose siempre de una parte a otra a través del mismo juzgador. Sin embargo, toda la confusión provendría del empleo de la palabra *parte*, sin determinación del ámbito en que actúa. Si no se olvida que en tres momentos se puede ser partícipe de la relación jurídica

³⁸⁸ *Supra*, cap. 42.

³⁸⁹ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. IV, p. 580, voz: "Litis-consorcio".

³⁹⁰ Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal*, t. IV, p. 244.

se advertirá que conviene hablar de parte material para referirla al conflicto, de parte procesal para vincularla con la acción o la pretensión de sentencia, y parte afectada para identificarla por razón de la sentencia [...] El problema procesal es sólo el de la participación en la instancia proyectiva o en la pretensión de sentencia. La incuestionable pluralidad queda reducida a dos sectores: pluralidad en la acción y pluralidad en la pretensión de sentencia [...] no se niega que pueden ser partes quienes no están en el proceso, pero esto es problema que concierne más al caso juzgado que al proceso en sí.³⁹¹

Acumulación de pretensiones (acciones)

La mal llamada *acumulación de acciones*, puesto que en rigor se trata de una acumulación de pretensiones, implica que "en un proceso se ejercitan conjuntamente varias acciones [...] el efecto clásico que produce la acumulación de acciones, es el de que se tramiten conjuntamente en un solo juicio y se decidan por una misma sentencia".³⁹²

Al respecto, Pallares señala que la acumulación puede ser inicial, si ocurre al principiar el juicio, o sucesiva, si se hace posteriormente, advirtiendo que el art. 34 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* impide al actor modificar la litis una vez planteada la demanda inicial. Además, la acumulación puede derivar de un acuerdo del juez o de petición de parte, puede ser forzosa en los términos en que lo previene el art. 31 del mismo código, al establecer que cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda. Por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras. Finalmente, Pallares cita la acumulación facultativa, o sea, la que no está ordenada por la ley y, por tanto, no es obligatoria sino que queda librado al arbitrio del actor llevarla a cabo.³⁹³

Por el contrario, nuestra legislación procesal civil³⁹⁴ establece expresamente que no pueden acumularse en la misma demanda las acciones contrarias o contradictorias ni las posesorias con las petitorias ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables las acciones que por su cuantía o naturaleza correspondan a jurisdicciones diferentes. El mismo precepto establece la abolición de la práctica de deducir subsidiariamente acciones contrarias o contradictorias.

Aunque la acumulación de partes y la acumulación de pretensiones son fenómenos distintos, pueden coincidir en algunos casos. Piénsese, por ejemplo, en el

³⁹¹ *Ibid.*, pp. 244-245.

³⁹² Eduardo Pallares, *op. cit.*, pp. 160 y 162.

³⁹³ *Ibid.*, p. 160.

³⁹⁴ Art. 31 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

actor que pueda tener pretensión contra diversos demandados. En este supuesto, si ejercita tal pretensión, o mejor dicho, esas diversas pretensiones, en un mismo juicio contra una pluralidad de demandados tendríamos, al mismo tiempo, acumulación de acciones o de pretensiones, en cuanto a que el actor está ejercitando conjuntamente varias acciones (pretensiones) que se tramitarán, también, conjuntamente en un solo proceso y se decidirán en una misma sentencia, pero, al mismo tiempo, además, estaremos frente a un litisconsorcio pasivo, puesto que habrá una pluralidad de demandados. Quizá en este orden de ideas será procedente hablar de acumulación de excepciones, cuando varios demandados adoptan una posición similar frente a un actor y hacen valer un conjunto de excepciones, una de ellas, aunque sea igual, por parte de cada uno de ellos.

Acumulación de expedientes o de autos

Se entiende por acumulación de autos "la reunión de varios pleitos en uno solo, o de varias causas en una sola, con el objeto de que continúen y se decidan en un solo juicio".³⁹⁵ Para Pallares, "consiste en reunir [...] en fusionar varios procesos en uno solo".³⁹⁶

Más que nada se trata de una unión de expedientes, que puede ser mediante una verdadera fusión, caso en el cual los expedientes se convierten en uno solo, o bien, simplemente en reunirlos para que "corran juntos", es decir, se lleven paralelamente, aunque por "cuerdas separadas". En otras palabras, puede darse una verdadera fusión, cuando dos o más expedientes se juntan materialmente para formar uno solo. Pero ese supuesto no es siempre necesario, pues existe otro, el de llevar los asuntos juntos, aun cuando no precisamente fusionados, sino conservando cada expediente su propio trámite y, por tanto, se dictan varias sentencias en las que se fallan los distintos asuntos al mismo tiempo. A título de ilustración y con la advertencia de que hay múltiples ejemplos de acumulación en los diversos tipos de procesos civiles, penales, administrativos fiscales, etc., seguiremos, hasta cierto punto, el criterio de Pallares, para señalar los casos motivadores de acumulación más comunes en el derecho procesal civil.³⁹⁷

- Litispendencia
- Conexidad
- Resolución de competencia

³⁹⁵ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. I, p. 100, voz: "Acumulación de autos".

³⁹⁶ E. Pallares, *op. cit.*, p. 128.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 129.

- Actos preparatorios y diligencias precautorias
- Concursos
- Juicios sucesorios
- Escisión de procesos

Litispendencia

La litispendencia consiste en una excepción procesal que puede interponer el demandado alegando que la misma cuestión planteada en el juicio en el cual se interpone está pendiente de resolverse, está tramitándose, a raíz de una demanda previamente entablada, ante otro juez o ante el mismo juez que conoce del segundo asunto. Se reglamentaba esta excepción como dilatoria y, en algunos casos, de previo y especial pronunciamiento, lo que significaba que podía llegar a suspender el curso del segundo proceso hasta en tanto no se resolviera si era o no conducente la litispendencia. Las reformas del 10 de enero de 1986 al *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, le suprimieron lo de dilatoria y de previo y especial pronunciamiento. Ahora, junto a las demás excepciones, con exclusión de la incompetencia, se resuelve en la audiencia a que se refiera el art. 272 A del código mencionado. Se le ha considerado una excepción miniatura de la cosa juzgada.³⁹⁸ En rigor, tiene cierta similitud con ella, puesto que en la litispendencia el demandado afirma al juez que ese asunto está siendo conocido por otro juez; en la cosa juzgada, la afirmación del demandado se limitará a exponerle al juez que ese asunto ya fue conocido previamente por otro juez y de aquí la similitud. La litispendencia se proyecta al presente y la cosa juzgada se proyecta hacia el pasado, pero la similitud de ambas instituciones ha hecho que sean consideradas las dos como excepciones dilatorias de previo y especial pronunciamiento por algunas legislaciones procesales recientes.³⁹⁹

Conexidad

La conexidad de la causa también se ha considerado como una excepción dilatoria, la cual consiste básicamente en que el demandado alegue ante el juez del conocimiento que el asunto planteado está íntimamente relacionado o vinculado con otro u otros asuntos previamente presentados ante el mismo o ante otros jueces. En la doctrina se aborda la conexidad o conexión de causas y se define en términos de "interdependencia de dos causas o litigios diversos, pero con el mismo objeto y entre

³⁹⁸ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. I, p. 580, voz: "Litispendencia".

³⁹⁹ *Cfr. Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora y Zacatecas*, art. 50, fracc. II.

iguales o relacionadas partes, tratados en juicios diferentes, que lleva a acumularlos en unos mismos autos, para que recaiga una tesis-única y evitar juzgamientos contradictorios".⁴⁰⁰

En el sistema procesal civil del Distrito Federal se establece⁴⁰¹ que la excepción de conexidad tiene por objeto la remisión de los autos en que se opone al juzgado que primeramente previno en el conocimiento de la causa conexa. Hay conexidad de causa cuando hay identidad de personas y de acciones (pretensiones), aunque las cosas sean distintas, y cuando las acciones provengan de una misma causa.

Al igual que en los casos de litispendencia y de cosa juzgada, la excepción de conexidad, con base en los arts. 272 A y 272 E del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, se deberá examinar en la audiencia previa y de conciliación, en la que el juez resolverá a fin de depurar el procedimiento y con vista de las pruebas rendidas, lo que nos lleva a considerar que aquéllas siguen siendo excepciones de previo y especial pronunciamiento, aunque la legislación no las nombre así.⁴⁰²

Resolución de competencia

Como se recordará, hay básicamente dos formas mediante las cuales se puede plantear la incompetencia de un juez, a saber, la declinatoria y la inhibitoria.⁴⁰³ Ahora bien, en el segundo caso, si el juez al que se le haga la solicitud de inhibitoria la estima procedente, sostendrá su competencia y requerirá al juez que estime incompetente, para que dentro del término de tres días remita testimonio de las actuaciones respectivas a la sala al que esté adscrito el juez requirente, comunicándoselo a éste quien remitirá sus autos originales al mismo superior.⁴⁰⁴ En rigor no se trata, como lo pretende Pallares,⁴⁰⁵ de un verdadero caso de acumulación, pues ni siquiera lo es de expedientes completos de dos procesos diversos. Lo que sucede es que una vez decidida la cuestión competencial, todo lo actuado ante el juez incompetente, y también el expediente abierto con motivo de la inhibitoria promovida ante el juez competente se fusionará para formar un solo expediente; a eso se limita la pretendida acumulación.

⁴⁰⁰ G. Cabanellas, *op. cit.*, t. I, p. 463, voz: "Conexión de causas".

⁴⁰¹ Art. 39 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

⁴⁰² Cfr. arts. 272 A y 272 E del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

⁴⁰³ *Supra*, cap. 28.

⁴⁰⁴ Art. 166, primer párrafo, del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

⁴⁰⁵ *Op. cit.*, p. 129.

Actos preparatorios y diligencias precautorias

Estamos frente al fenómeno de los actos procesales, entre los cuales se encuentran la serie de trámites que se suelen identificar con la denominación de *actos preparatorios a juicio* y las llamadas *diligencias precautorias*. Estas actividades preprocesales que se presentan con toda nitidez en el campo del derecho procesal civil, también tienen manifestaciones interesantes en los campos de los otros procesos. Son diligencias previas o preparatorias a la iniciación misma del proceso. A título de ejemplo, mencionemos las acciones exhibitorias, los depósitos de personas, los reconocimientos de documentos, las pruebas llamadas para futura memoria, etc., y los dos casos clásicos de diligencias precautorias, a saber, el arraigo y el embargo precautorio. En todos estos casos, los expedientes formados por estas tramitaciones preprocesales deberán agregarse, en su oportunidad, en muchos casos como verdaderos presupuestos, o al menos antecedentes, al expediente principal del proceso respectivo. En todos los casos señalados, las actuaciones preprocesales darán nacimiento a documentos, actas y expedientes, los cuales, posteriormente, serán agregados de forma material, a los otros expedientes, es decir, a los de procesos definitivos. En otros sistemas jurídicos existen actuaciones similares, como el proceso monitorio europeo y el *pretrial* del enjuiciamiento criminal anglosajón.

Concursos

Los concursos son tramitaciones de tipo universal, motivados por la insolvencia de un deudor civil y cuya finalidad es lograr la liquidación del patrimonio presente de dicho deudor y aplicar los activos restantes a solventar, hasta donde sea posible, las deudas contraídas. Generalmente, el concurso presupone una insolvencia, entendida ésta como la incapacidad de pago frente a una pluralidad de acreedores. Se dice que estos juicios son universales y *atractivos*. La atractividad implica la necesidad de que los juicios pendientes de tramitación o de tramitación futura se acumulen al juicio universal. Este principio de acumulación por atractividad se contempla en la legislación procesal civil del Distrito Federal.⁴⁰⁶ En estos casos no llega a haber una fusión material de los expedientes, en el sentido de que los provenientes de otros tribunales por causas pendientes en contra del concursado deban llevar juntamente de forma física, con las constancias propias de la tramitación concursal. Lo único que sucede es que los expedientes de todos los asuntos relacionados con el concurso deben estar a la vista, guardarse juntos y tenerse como relacionados con el concurso y a las resultas de éste.

⁴⁰⁶ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 739, fracc. VIII.

Juicios sucesorios

También los llamados *juicios sucesorios* pueden calificarse como tramitaciones universales y atractivas. El principio es muy similar al del caso anterior, o sea, al concurso. Y es que la tramitación sucesoria es muy similar a la concursal; lo que cambia fundamentalmente de una a otra es que en la primera, el supuesto es el fallecimiento de la persona titular del patrimonio y la finalidad es la liquidación de ese patrimonio realizada entre los herederos, legatarios y acreedores. En el segundo caso, como hemos visto, el supuesto radica en la insolvencia y en la pluralidad de acreedores insatisfechos. La acumulación de expedientes de asuntos relacionados con las sucesiones opera de forma paralela y similar a la de la acumulación concursal. Nuestra legislación procesal civil establece al respecto que son acumulables a los juicios testamentarios y a los intestados:

- I. Los pleitos ejecutivos incoados contra el finado antes de su fallecimiento;
- II. Las demandas ordinarias por acción procesal, pendientes en primera instancia, contra el finado;
- III. Los pleitos incoados contra el mismo por acción real que se hallen en primera instancia, cuando no se sigan en el juzgado del lugar en que esté sita la cosa inmueble o donde se hubieren hallado los muebles sobre que se litigue;
- IV. Todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto en su calidad de tales después de denunciado el intestado;
- V. Los juicios que sigan los herederos deduciendo la acción de petición de herencia, ya impugnando el testamento o la capacidad de los herederos presentados o reconocidos, o exigiendo su reconocimiento, siempre que esto último acontezca antes de la adjudicación;
- VI. Las acciones de los legatarios reclamando sus legados, siempre que sean posteriores a la facción de inventarios y antes de la adjudicación, excepto los legados de alimentos, de pensiones, de educación y de uso y habitación.⁴⁰⁷

Escisión de procesos

El fenómeno directamente contrario a la acumulación es la escisión procesal. Su explicación y hasta su justificación son más naturales que para la anterior (acumulación), porque basta la observación de Beling en el sentido de que cada proceso debe tener un solo objetivo y cada objeto procesal pertenece a un solo proceso, para que el principio

de la unidad quede establecido y por contrapartida, el de separación de los procedimientos heterogéneos fundamentados.⁴⁰⁸

De acuerdo con lo transcrito en el párrafo anterior, resulta que la separación o escisión procesal es un fenómeno opuesto al de la acumulación. En este supuesto, no se trata de unir algo separado sino, valga la simplicidad de expresión, de separar algo unido. "La separación de procedimientos supone la previa unión."⁴⁰⁹ Estamos entonces quizá frente a uno de los casos de inconveniencia de la acumulación, el cual, de acuerdo con el mismo Briseño Sierra, nos llevaría a una complicación resultante de "acumular lo que no puede materialmente reunirse".⁴¹⁰

Así, no son acumulables y, por tanto, en caso de encontrarse juntas deberían separarse aquellas acciones (pretensiones) que son contradictorias o mutuamente excluyentes, en los términos de nuestra legislación procesal civil.⁴¹¹ La verdad es que la escisión o separación de procesos no está contemplada por la legislación de una forma adecuada. En resumen, podemos decir que

[...] la escisión no tiene sentido sino cuando las pretensiones son incompatibles, distintas las vías o diferentes las competencias. Si en un proceso ya iniciado, se descubre la incompatibilidad de pretensiones, con independencia de la posibilidad de que los respectivos procesos deban sustanciarse sucesivamente o puedan serlo simultáneamente, lo cierto es que se impone la separación. Y lo mismo cabe decir de la vía y la competencia, pero en el último caso, debe recordarse que no se trata del problema prejudicial que puede y debe ser unificado, sino de atribuciones resolutorias diversas que aun perteneciendo al mismo juzgador, exigen distinción de procedimientos.⁴¹²

La serie de supuestos y de casos prácticos imaginables en torno a los problemas de la escisión o separación procesal es prácticamente infinita. En algunos casos, si se trata de acciones (pretensiones) contradictorias, ejercida una, será inoperante la otra y, por tanto, quedará implícitamente excluida. Pero en muchos otros casos, si se trata de vías diferentes o de competencias distintas, sucederá que los derechos, o más bien, las pretensiones que se quiso hacer valer conjuntamente, se separan, y las de diferente vía o competencia deberán entenderse reservadas para que su titular las haga valer mediante el procedimiento y ante el juez adecuados.

⁴⁰⁸ H. Briseño Sierra, *Derecho procesal*, t. IV, p. 174.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 177.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 175.

⁴¹¹ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 31.

⁴¹² Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 182.

⁴⁰⁷ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 778.

Teoría de la prueba: medio de prueba y finalidad del probar

Hablar de una teoría de la prueba, presupone la aceptación de la teoría general del proceso y de su significación, por lo que toca a la universalidad de ésta y al hecho de que abarca cualquier tipo de enjuiciamiento independientemente del contenido característico de éste [...] y es que en el fondo, se vuelve a plantear en la materia probatoria lo relativo a la unidad o a la diversidad de la disciplina científica. La ciencia procesal reclamando para sí todo lo relativo a la prueba, postula los principios de ésta, como valederos y universales para cualquier tipo de proceso; por el contrario, la tendencia separatista, implicaría una actitud que nos parece insostenible, de pretender autonomía científica en el tratamiento de la prueba, en función del tipo de proceso, para tener así una prueba civil, una prueba penal, una prueba laboral, una prueba administrativa.⁴¹³

La anterior reflexión se enfoca en exclusiva en la *prueba procesal*. En otras palabras, el tema de la prueba puede ser más amplio y estar referido no solamente al campo estricto de lo procesal y, en este sentido, sí puede hablarse de mecánicas, técnicas y procedimientos de prueba, verificación y constatación, en otros campos que no son estrictamente procesales.

Briseño prefiere hablar de *confirmación*, por considerar este concepto más amplio y comprensivo de la prueba. Advierte que la confirmación:

[...] no es exclusiva del proceso, que opera en cualquier procedimiento y en innumerables ocasiones lo hace en la vida de las relaciones sustantivas, como cuando para comprar o

⁴¹³ Cipriano Gómez Lara, "La prueba en el derecho mexicano del trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, núm. 72, octubre-diciembre de 1968, México, pp. 831-832.

vender se muestran los objetos, para celebrar un arrendamiento se convence al contratante de la bondad del bien ofrecido, para acreditar la titularidad se enseña la constancia de la adquisición de la cosa, o para probar la incapacidad física se somete el sujeto a un examen médico.⁴¹⁴

El capítulo de las *confirmaciones* comprende no sólo la *prueba*, con la que se le ha confundido secularmente, sino otras variantes que son la *mostración*, la *convicción* y el *acreditamiento* [...] si por años se ha venido enseñando que la prueba comprende toda la gama de demostraciones, convicciones, constataciones y verificaciones, es debido a que no se había ahondado en el tema, o no se había querido efectuar el divorcio ineludible entre sectores tan ajenos como los que se vienen mencionando [...] los indicios y las presunciones no son pruebas [...] error de incluir la demostración entre las pruebas, cuando sólo se trata del discurrir mental, del inferir razonable.⁴¹⁵

Las anteriores ideas, aunque no son indiscutibles como parece pretenderlo Briseño Sierra,⁴¹⁶ sí son atractivas e interesantes y presentan puntos de partida para toda una reflexión acerca del problema probatorio. Como el mismo autor lo reconoce, tradicionalmente la doctrina, sin entrar en tantas sutilezas, ha englobado bajo el rubro de la prueba no sólo lo que estrictamente debe considerarse tal, sino otras mecánicas y procedimientos que efectivamente son para forjar convicción, para mostrar, para acreditar, etcétera:

Prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso, conducentes a la sentencia. Que esa verificación ha de efectuarse en el proceso o ha de incorporarse a él, resulta naturalmente del carácter procesal o judicial de la prueba; que ha de ajustarse a normas de procedimiento, es lo que caracteriza esta prueba y le da un sentido jurídico.⁴¹⁷

Sentís Melendo, siguiendo a otros autores, afirma que no son los hechos, sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes, las que deben probarse, es decir, la operación esencial es la *verificación de las afirmaciones de los litigantes*.

Veamos en seguida cuál es el contenido de la temática probatoria, que Sentís Melendo⁴¹⁸ divide en dos partes, una general y otra especial. Esta última comprendería el estudio de los diferentes medios de prueba en particular; en la parte general tenemos los puntos siguientes:

- Concepto de prueba
- Objeto, tema, materia de prueba

⁴¹⁴ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 346.

⁴¹⁵ *Ibid.*, pp. 345 y 346.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 349.

⁴¹⁷ Santiago Sentís Melendo, "Introducción al derecho probatorio", en *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Prensa Castellana, Madrid, 1965, p. 565.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 565.

- Fuentes y medios de prueba
- Sistemas probatorios
- Cargas y facultades (quién ha de probar)
- Adquisición procesal
- Procedimiento probatorio
- Apreciación o valoración de la prueba

Pensamos que este contenido de la temática probatoria es universal, es decir, de valor general para cualquier tipo de proceso.

El problema relativo a si la prueba ofrece los mismos caracteres en las diversas ramas del enjuiciamiento, fue materia de una notable polémica entre Florián y Carnelutti. Alcalá-Zamora hace notar que el debate se proyecta en realidad al tema de la unidad o diversidad del derecho procesal:

Sintetizando el debate, dado que estructura y función de la prueba son idénticas en cualquier zona procesal, las divergencias se buscan por tres lados: *a)* utilización preferente de tal o cual medio de prueba (testigos en lo penal, documentos en lo civil); *b)* criterio valorativo, y *c)* ordenación procedimental. La utilización preferente además de obedecer a consideraciones de derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan sólo una tendencia, pero de manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles, se ocupen de la prueba testifical y a la inversa, los del enjuiciamiento criminal de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de prueba legal o tasada, presenta los mismos rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique y otro tanto acontece con el de la libre convicción, que además por su propia índole escapa a toda normación jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial, y con el de sana crítica que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas. En cuanto a las discrepancias procedimentales, la circunstancia de que, verbigracia, tal o cual trámite referente a la recepción del testimonio o de la pericia en materia civil, sea distinto de los seguidos en la esfera penal, no destruye la unidad esencial de uno y otro en ambos campos procesales.⁴¹⁹

Medios de prueba

Alsina explica que se entiende "por medio de prueba el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción".⁴²⁰ El mismo

⁴¹⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Introducción al estudio de la prueba", *Estudios de derecho probatorio*, Universidad de Concepción, Concepción, 1965, pp. 115-116.

⁴²⁰ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. III, p. 230.

autor advierte sobre la confusión muy extendida entre lo que debe entenderse por *medio* y lo que debe entenderse por *motivo*. Para Pallares, "se entiende por medio de prueba, todas aquellas cosas, hechos o abstenciones que puedan producir en el ánimo del juez certeza sobre los puntos litigiosos". Y, sobre los motivos de prueba, dice: "Los procesalistas entienden por motivos de prueba, las razones, argumentos o intuiciones por las cuales el juez o tribunal tiene por probado o por no probado, determinado hecho u omisión."⁴²¹

En este sentido, es conveniente distinguir entre el *medio*, el *motivo* y la *finalidad* de la prueba. En un sentido muy amplio, el medio es todo instrumento, procedimiento o mecanismo que puede originar motivos de prueba. El medio de prueba es sólo la vía, el camino, que puede provocar los motivos, o sea, generar los razonamientos, los argumentos o las intuiciones que permitirán al juez llegar a la certeza o al conocimiento de determinado hecho invocado por las partes como fundamento de sus pretensiones o de sus defensas. Por último, la finalidad de la actividad probatoria es lograr que el juez llegue a una convicción u obtenga una certeza sobre los hechos o sobre las circunstancias también relativos a las pretensiones y a las resistencias de los litigantes.

Diversos autores con juicios de los más disímolos han tratado de clasificar los medios de prueba o las pruebas mismas, con adopción de múltiples criterios. Así, Briseño Sierra, quien cita para ello a Alcalá-Zamora y Castillo y a Levene, al propio Alsina, a Devis Echandía, a Della Rocca, enumera las siguientes: pruebas directas o indirectas, pruebas históricas y críticas, pruebas personales y reales, pruebas preconstituidas y constituyentes, pruebas de cargo y de descargo, pruebas judiciales y extrajudiciales, simples y preconstituidas, plenas y semiplenas, etcétera.⁴²²

Por su parte, Pallares, en una clasificación reiterativa de varios de los criterios anteriores, habla de pruebas directas o inmediatas, de pruebas reales, de pruebas originales y derivadas, preconstituidas y por constituir, plenas, semiplenas y por indicios, nominadas o innominadas, pertinentes o impertinentes, idóneas e ineficaces, útiles e inútiles, concurrentes, inmorales y morales, e históricas y críticas.⁴²³

Los diversos medios de prueba se reglamentan en las legislaciones procesales con determinadas variantes procedimentales; en rigor, en cada legislación procesal, ya sea penal, del trabajo, civil, etc., hay una enunciación y una reglamentación de los mecanismos o procedimientos probatorios y, por tanto, ese aspecto de detalle debe quedar reservado a los cursos o a los textos referidos a los derechos procesales concretos, o sea, al derecho procesal penal, al derecho procesal del trabajo, al derecho procesal civil, etc. No obstante lo anterior, y con objeto de que el presente

⁴²¹ Pallares, *op. cit.*, pp. 371 y 373.

⁴²² Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, pp. 397-399.

⁴²³ Pallares, *op. cit.*, pp. 372 y 373.

capítulo tenga un sentido de introducción a la temática de la prueba, describiremos brevemente en qué consiste la mecánica y las características o peculiaridades principales de los medios de prueba más usuales.

La *Ley Procesal Civil del Distrito Federal*⁴²⁴ anotaba como medios de prueba los siguientes:

- I. Confesión;
- II. Documentos públicos;
- III. Documentos privados;
- IV. Dictámenes periciales;
- V. Reconocimiento o inspección judicial;
- VI. Testigos;
- VII. Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia;
- VIII. Fama pública;
- IX. Presunciones, y
- X. Demás medios que produzcan convicción en el juzgador.

Los *Códigos de Procedimientos Civiles* de Sonora y Zacatecas⁴²⁵ agregan a los medios anteriores, la declaración de las partes y el informe de las autoridades.

- a) Prueba confesional;
- b) Declaración de parte;
- c) Documentos públicos;
- d) Documentos privados;
- e) Dictámenes periciales;
- f) Reconocimiento o inspección judicial;
- g) Testigos;
- h) Fotografías, copias fotostáticas...;
- i) Presunciones e indicios, y
- j) Informe de autoridades.

Prueba confesional

Limitamos nuestra referencia a la confesión como prueba, a aquella que se considere provocada, la cual consiste en someter una de las partes en el proceso a la otra, a un interrogatorio especial. Al efecto, la parte a cuyo cargo se desahogará la prueba

⁴²⁴ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 289, *cf.* reforma publicada en el *Diario Oficial* del 10 de enero de 1986.

⁴²⁵ Art. 265.

confesional se denomina parte *absolvente* y debe ser citada expresamente para comparecer ante el tribunal a contestar el interrogatorio respectivo. Dicho interrogatorio tiene diversas formalidades, entre las cuales nos permitimos señalar que las cuestiones se planteen de forma rígida y reciban la denominación de *posiciones*; que deben referirse a hechos propios del declarante y cada posición debe comprender un solo hecho; que estén formuladas, o deben formularse, de manera tal que el absolvente responda simplemente sí o no a la cuestión planteada. En varios sistemas procesales esta prueba se desahoga mediante la exhibición de un llamado *pliego de posiciones*, el cual contiene determinado número de preguntas planteadas a la parte absolvente por la parte *articulante*; sin embargo, pueden formularse posiciones adicionales, de forma verbal, que no hubieren estado comprendidas en el pliego respectivo. La parte absolvente, es decir, la sometida al interrogatorio, puede en un momento dado convertirse en parte articulante y someter a la contraria a su vez, a un interrogatorio similar.

Declaración de parte

De forma novedosa e interesante, los códigos de Sonora y Zacatecas⁴²⁶ reglamentan, como prueba distinta a la confesional, la de declaración de las partes, lo que implica la posibilidad de someter a la contraparte a un interrogatorio menos formal, es decir, a un interrogatorio libre, inclusive con preguntas que podrán ser inquisitivas y no referidas a hechos propios del declarante, con tal de que los mismos le consten. Esta prueba de declaración de las partes puede recibirse con independencia de la prueba de posiciones o confesional, aunque puede desahogarse en la misma diligencia. En rigor, se trata de una prueba testimonial de la parte, que desgraciadamente no está reglamentada en la legislación procesal civil del Distrito Federal.

Documentos públicos

Pallares indica que:

[...] el documento consiste en cualquier cosa que tenga algo escrito con sentido inteligible, aunque para precisar el sentido sea necesario acudir a la prueba de peritos traductores [...] no importa la materia sobre la cual se escriba: el papel, la piedra, incluso los ladrillos como se acostumbraba entre los asirios, cuyas bibliotecas estaban formadas por cantidad enorme de esos documentos hechos de arcilla.⁴²⁷

⁴²⁶ Arts. 279-281.

⁴²⁷ E. Pallares, *op. cit.*, p. 402.

Por tanto, el documento es una cosa que contiene la representación material mediante signos, símbolos, figuras o dibujos de alguna idea o pensamiento. Hoy en día, la gran mayoría de los documentos que conocemos están, desde luego, elaborados sobre papel. Ahora bien, el documento es de carácter público cuando es producido por un órgano de autoridad en el ejercicio legítimo de sus atribuciones. No creemos que éste sea el lugar adecuado para hacer una enunciación de los documentos considerados como públicos, y para ello remitimos a una de las leyes que los catalogan o listan, con objeto de que ahí sea consultado este criterio.⁴²⁸

Documentos privados

Lo dicho anteriormente para el documento en general, vale para el considerado como documento privado. Por un criterio de exclusión puede pensarse que son documentos privados todos aquellos que no son públicos, y que, por tanto, son producidos o elaborados por los particulares. Tradicionalmente, el documento privado se ha clasificado en el privado propiamente dicho y en el documento simple. Se dice que el primero procede de las partes litigantes y el simple de terceros que no figuran como partes en el juicio y, por ende, la recepción de dicho documento debe asimilarse a la prueba testimonial. Se consideran documentos privados propiamente dichos los enunciados por el *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal* en los términos siguientes: "Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente."⁴²⁹

Dictámenes periciales

La prueba de dictamen pericial consiste en que en virtud de que el juzgador no puede ser un especialista en todas las ramas del saber humano, sea entonces asesorado e ilustrado por peritos, por conocedores de las diversas materias del conocimiento humano. El dictamen pericial, por regla general, contiene una opinión técnica referida a determinado asunto; de ello se deriva que habrá tantos especialistas como ramas científicas y actividades prácticas existan. Cada rama profesional, en sus diversos aspectos, entraña necesariamente la existencia de especialistas; así, encontramos al médico, al ingeniero, al veterinario, al químico, al contador público, etc., que vendrán a auxiliar al tribunal dando sus opiniones autorizadas para que éste

⁴²⁸ Cfr. art. 327 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*.

⁴²⁹ *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, art. 334.

las utilice en la normación de su criterio. Esta prueba generalmente suele ser calificada de prueba colegiada, porque el tribunal aprecia, respecto de cada cuestión controvertida, dictámenes de peritos que son nombrados por cada una de las partes y si esos dictámenes coinciden, el juez ya no tendrá necesidad de nombrar otro perito, pero como por lo general los dictámenes de los peritos ofrecidos por las distintas partes en un proceso no coinciden sino son divergentes, resulta que el tribunal se ve en la necesidad de designar lo que se llama *el perito tercero en discordia*, quien viene a ser un tercer perito que entraña un elemento de equilibrio entre los otros dos, originalmente designados por las partes. Al apreciar los dictámenes periciales, los sistemas se pronuncian cada vez más por postular que el juez goza de una libertad prudente de apreciación acerca del valor de tales dictámenes y que no está vinculado por ninguno de ellos, ni siquiera por el del perito tercero en discordia, pues puede inclinarse más o menos hacia la opinión de cualquiera de los tres peritos designados.

Existen peritajes de tipo meramente interpretativo en los cuales, como lo hemos visto,⁴³⁰ el perito es un mero interpretador, traductor de signos o lenguajes que no son conocidos por el tribunal o por el juzgador. En estos casos el perito se vuelve un mero intérprete del sentido, es decir, traduce a un lenguaje comprensible para el tribunal o juzgador lo que está dado en algún documento o en alguna expresión de signos o en un lenguaje no entendible por el juzgador o tribunal.

Reconocimiento o inspección judicial

En esta prueba el juez, o los miembros del tribunal si es colegiado, examinan directamente las cosas o las personas para apreciar circunstancias o hechos captables directa y objetivamente. Este examen puede realizarse en el propio local del tribunal, si las cosas o personas objeto de ese examen directo pueden ser llevadas a la vista del juzgador. Pero puede suceder que los juzgadores tengan que salir de los locales del tribunal e ir al lugar en donde dichas cosas deban ser examinadas, como en el caso de que el objeto de la inspección judicial sea un inmueble en estado ruinoso, un terreno de cultivos agrícolas o animales que por su tamaño u otras circunstancias no puedan ser llevados al local mismo del tribunal. Cabe advertir que es susceptible de materia de esta prueba todo aquello que no requiera para su apreciación u observación de conocimientos especiales, porque entonces entraríamos en el terreno de la prueba pericial; sin embargo, este reconocimiento o inspección judicial directos de las cosas o de las personas puede combinarse o coordinarse con la prueba pericial e inclusive con la de testigos, porque en el acto mismo de la inspección judicial

⁴³⁰ *Supra*, cap. 47.

y teniendo el juzgador a la vista los objetos, podrá formular ciertas preguntas a los testigos y a los peritos, para hacerse una más cabal e integral idea de las cosas examinadas y de las circunstancias que las rodean.

Testigos

La prueba de testigos, también llamada *prueba testimonial*, consiste en las declaraciones de terceros a quienes les consten los hechos sobre los que se les examina. Esta declaración de terceros ajenos a la relación sustancial del proceso se les hace por medio de preguntas contenidas en interrogatorios, los cuales formula la parte que ofrece el testigo. El testigo debe ser conocedor directo de las cuestiones sobre las que se le interroga y, además, debe tener la característica de imparcialidad, es decir, no tener un interés particular en el negocio y de no estar en una posición de relación íntima o de enemistad con alguna de las partes en el juicio. Cada testigo debe ser examinado por separado y, además, el testigo que ya ha sido interrogado no debe tener relación o contacto con el testigo que aún está por examinarse. La razón de esto es obvia: un testigo ya examinado le manifestaría al testigo por examinar sobre qué se le ha estado interrogando y qué ha contestado, lo cual desvirtuaría la esencia del valor de la prueba testimonial, el cual radica en que dos o más testigos hayan respondido a las mismas preguntas de forma paralela, es decir, lo que se ha llamado *testigos contestes y conformes* en sus declaraciones. De lo contrario, si los testigos al ser interrogados sobre los mismos hechos difieren radical y sustancialmente en sus declaraciones, su testimonio se invalida.

Otro aspecto interesante respecto del desarrollo de la prueba testimonial es que el testigo, una vez interrogado por la parte que lo presentó, debe someterse a un interrogatorio de la contraparte, el cual es frecuentemente de carácter inquisitivo, es decir, aquél debe someterse a lo que se denomina en el lenguaje forense la *repregunta* y que recibe en el derecho anglosajón la denominación de *cross-examination*. Esta pregunta o examen cruzado del testigo es lo que permite, dentro de una buena técnica procesal, descubrir si el testigo dijo la verdad en sus primeras declaraciones, o sea, en las rendidas en respuesta a las preguntas formuladas por la parte que ha ofrecido su testimonio. Mediante las repreguntas hábilmente planteadas se puede hacer caer a los testigos en contradicciones que desvirtúan el valor de sus declaraciones. Por otra parte, si los testigos son veraces, en vez de desvirtuar el valor de esta prueba, quizás se robustezca, en cuanto a que la repregunta permita enfatizar la concordancia entre las declaraciones de uno y del otro u otros testigos.

Por último, en cuanto a la prueba testimonial, cabe advertir que el juzgador debe ser un psicólogo en relación con ella, porque suele suceder que el testigo profesional, que es un verdadero actor dramático frente al tribunal, tiene tales mañas y

tamaño aplomo como para impresionar a un juez inexperto o mal psicólogo y, por otra parte, es frecuente que el testigo verdadero, pero que nunca ha estado en un tribunal, por sus actitudes y nerviosismo dé la apariencia de estar mintiendo, cuando quizá sea, en rigor, un testigo verdadero. Por ello reiteramos que la apreciación del testimonio debe hacerla el juez con mucho cuidado y como un buen psicólogo.

Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, reproducciones, experimentos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia

Toda esta serie de pruebas, que a veces se han querido considerar como documentos, en rigor son elementos de información instrumental, entendido el vocablo *instrumental* en su más amplia acepción. El registro dactiloscópico, el de huellas digitales, tiene básicamente un sentido de identificación de los sujetos. Las fotografías y otra serie de invenciones, por ejemplo, las cintas magnetofónicas, el cinematógrafo, las grabaciones en cintas de televisión, etc., pueden ser elementos aportados en un momento dado, como pruebas dentro de un proceso.

Fama pública

Algunas entidades de la república conservan esta prueba. En rigor, la fama pública constituye en el fondo un testimonio de calidad, es decir, es una especie de prueba testimonial que rinden en un proceso, sobre hechos ampliamente conocidos por una comunidad, personas muy arraigadas en ella, de prestigio, y que vienen a proporcionar al juzgador algo que constituye parte del conocimiento público acerca de determinados hechos.

Presunciones e indicios

Se ha dicho que, en realidad, la presunción no es una prueba ni un medio de prueba. Indudablemente que la presunción no tiene materialidad, no está en ninguna parte físicamente y entraña un mecanismo de razonamiento del propio juzgador mediante el cual por deducción o por inducción se llega al conocimiento de un hecho primeramente desconocido, partiendo de la existencia de un hecho conocido. Por tanto, el mecanismo por el que se arriba a una presunción es un mecanismo meramente de raciocinio, repetimos, de deducción o de inducción lógicas y sólo en este sentido puede ser considerado medio de prueba. En rigor se trata de una excepción a la necesidad de probar, y entonces estamos frente a la llamada presunción *juris et*

de jure, es decir, la que no admite prueba en contrario o bien frente a una inversión de la carga de la prueba y entonces estamos frente a la llamada presunción *juris tantum*.

Además, las presunciones se suelen clasificar en *presunciones legales* y *presunciones humanas*. Las primeras son las reglamentadas expresamente por un texto legal; las segundas son las que sin estar reglamentadas de forma específica por la ley, pueden ser utilizadas por el juzgador dentro de una sana lógica y dentro de un correcto raciocinio. Asimismo, las presunciones pueden hacer que la comprobación de diversos hechos, que por separado no aparezcan plenamente probados en un proceso, en conjunto, por su concatenación, hagan presumible su existencia. Ésta es otra de las formas en las que se presentan los mecanismos presuncionales.

Informe de autoridades

Este medio de prueba no estaba precisamente listado en el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, aunque dentro del capítulo de la prueba confesional y relacionando el informe de autoridad con dicha prueba, se establece:

Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública no absolverán posiciones en la forma que establecen los artículos anteriores; pero la parte contraria podrá pedir que se les libre oficio, insertando las preguntas que quiera hacerles para que, por vía de informe, sean contestadas dentro del término que designe el tribunal, y que no excederá de ocho días.⁴³¹

Las legislaciones procesales de los estados de Sonora y Zacatecas sí reglamentan específicamente la prueba de informe de las autoridades, sin vincularla ni comprenderla dentro de la prueba confesional.

Establecen dichas legislaciones⁴³² que las partes pueden pedir que por vía de prueba, el juzgador solicite que cualquier autoridad informe respecto de algún hecho, constancia o documento que obre en sus archivos o de que haya tenido conocimiento por razón de la función que desempeñen y que se relacione con la materia del litigio. Las autoridades están obligadas, a requerimiento del juez, a facilitarle, por vía de prueba, que el juzgado solicite que cualquier autoridad informe cuantos datos tenga sobre los hechos, constancias o documentos que puedan surtir efecto en el juicio. En caso de desobediencia al mandato judicial o demora en el cumplimiento del mismo, la autoridad incurrirá en responsabilidad. Recibido el informe por el juez, éste de oficio o a instancia de parte, podrá disponer que la autoridad que lo

⁴³¹ Art. 326 del código citado.

⁴³² Arts. 312-314 de los códigos señalados.

haya emitido esclarezca o amplíe cualquier punto, siempre que aquel funcionario lo estime necesario.

En el juicio de garantías mexicano, los informes de las autoridades guardan una muy especial importancia. La *Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*⁴³³ establece dos tipos de informes, el llamado *informe previo*, que la autoridad responsable debe rendir dentro de las 24 horas siguientes a la notificación y en el cual debe dar noticia simplemente sobre la existencia de los actos que de ella se reclaman. Este informe previo de la autoridad está limitado a los efectos de la posible suspensión del acto reclamado por parte del juez de amparo y, por otra parte, el *informe con justificación*, el cual la autoridad responsable debe rendir dentro del término de cinco días. En este informe, la referida autoridad responsable debe sostener o exponer las razones que apoyen la constitucionalidad del acto que de ella se haya reclamado. El informe justificado, o con justificación, constituye en rigor una verdadera contestación a la demanda por parte de la autoridad responsable y, entonces, el litigio se establece entre la pretensión del quejoso, particular, para que se le restituya en el goce de una garantía y la resistencia de la autoridad responsable al sostener la constitucionalidad y legalidad del acto reclamado. La petición de estos informes por parte del juez de distrito, o en su caso de los tribunales colegiados de Circuito o de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, tiene un carácter conminatorio. La falta de contestación de dichos informes, en el caso del previo, establece la presunción de que es cierto el acto que se estime violatorio de garantías, para el solo efecto de la suspensión. Además, hace incurrir a la autoridad responsable en una posible corrección disciplinaria. En el caso de falta de informe con justificación, también se establece la presunción de ser cierto el acto reclamado, salvo prueba en contrario, quedando a cargo del quejoso la prueba de los hechos que determinen su inconstitucionalidad cuando dicho acto no sea violatorio de garantías en sí mismo.

Sistemas de valoración de la prueba

Tradicionalmente se expone que los sistemas de apreciación del valor de las pruebas son fundamentalmente dos: el de *apreciación legal* o *tasada*, y el de *libre apreciación*. Sin embargo, un análisis más detenido de los mismos pretende encontrar no sólo dos sistemas, sino cuatro: el *ordálico*, el *legal*, el *libre* y el *razonado* o *de la sana crítica*.

Esos cuatro sistemas se escalonan, no tanto cronológicamente, como en atención al progreso técnico que marcan, del siguiente modo: ordálico, legal, libre y razonado. En di-

⁴³³ Cfr. arts. 131-132, 147, 149 y 169.

rección distinta se pueden agrupar en dos sectores, habida cuenta de la actividad psíquica que del juzgador se exige [...] sistemas de valoración apriorística, a saber: el ordálico y el legal, y sistemas de apreciación *a posteriori*, es decir, el de la libre convicción y el de la sana crítica.⁴³⁴

No todos los autores admiten la división en cuanto a los dos últimos criterios mencionados; para unos, sistema libre y sistema de sana crítica es lo mismo, y para otros, por el contrario, estos dos sistemas son diversos:

Existe una discusión en la doctrina sobre el alcance de este principio de la sana crítica, pues en tanto que algunos autores como Eduardo J. Couture y Alcalá-Zamora y Castillo, la consideran como principios intermedios entre los de la prueba legal o tasada y los de la libre convicción; De Pina, Sentís Melendo y Alsina, estiman que no se trata de un sistema autónomo, sino vinculado con el de la libre convicción, la que no debe ser arbitraria sino razonada.⁴³⁵

Alcalá-Zamora y Castillo sostiene que no deben confundirse ambos sistemas y que la libre convicción no absorbe ni se identifica con el de la sana crítica. Las razones que invoca son las siguientes:

Primera, la posibilidad de fundamentar una sentencia sin llevar a cabo una apreciación razonada de la prueba: para ello basta, y el expediente se utiliza todos los días y en todas partes (por el menor esfuerzo que supone), con sustituir el análisis crítico por el resumen descriptivo de la prueba, valorada luego, según conciencia; y segunda, la existencia de formas de libre convicción pura como las que se dan en el jurado y en los tribunales de honor.⁴³⁶

Y ampliando sus ideas, continúa:

En estricto sentido, prueba libre es aquella que traduce no tanto la íntima convicción del juez acerca de los hechos del proceso, como su voluntad en cuanto a la fijación de los mismos [...] se preocupa tan sólo de vencer, sin cuidarse de convencer, cual hace, en cambio la sana crítica [...] Ese rasgo y ese inconveniente se acentúa en dos de las formas más típicas de la libre convicción: las emanadas del jurado y de los tribunales de honor. Por tratarse de jueces legos, se considera que el jurado no está capacitado o queda dispensado de motivar su veredicto. Nos encontramos, por tanto, ante un tribunal que falla exclusivamente en conciencia, aun cuando, eso sí, nada garantice que sus miembros

⁴³⁴ N. Alcalá-Zamora y Castillo, "Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba", en *Estudios de derecho probatorio*, pp. 32-33.

⁴³⁵ Héctor Fix-Zamudio, "Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano", en *Revista Mexicana del Trabajo*, t. XII, abril-junio de 1965, p. 18.

⁴³⁶ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Sistemas...", p. 57.

la posean efectivamente [...] mientras al juez profesional se le exige la motivación de su sentencia, considerada como una de las más sólidas garantías del enjuiciamiento, y mientras al perito se le piden aclaraciones y explicaciones y al testigo que manifieste la razón (de ciencia) de su dicho, a los jurados, se les permite que mediante su veredicto decidan, de la vida, de la libertad o de la fortuna de una persona, sin más que emitir un monosílabo.⁴³⁷

En rigor, tratándose de los jurados encontramos una verdadera apreciación libre de la prueba, puesto que la misma no requiere ser razonada. Pero fuera de este caso y del de los tribunales de honor que se mencionan, dudamos de que pueda existir otro tipo de tribunales autorizados para apreciar las pruebas verdaderamente en conciencia, entendiendo por esto que el juzgador no tenga la necesidad de manifestar las razones que lo han llevado a determinada convicción. No puede dejar de considerarse que toda autoridad debe atenerse en sus actuaciones a los requisitos que para todos los actos de autoridad señala el art. 16 constitucional, porque de acuerdo con tal precepto cualquier autoridad, y con mayor razón una que desempeñe funciones jurisdiccionales, está obligada a fundar y a motivar sus actos. De esta consideración no puede pensarse que tribunal alguno esté legitimado para omitir la mención de los razonamientos y de las fundamentaciones que lleven a cierta convicción.

De los cuatro sistemas señalados por Alcalá-Zamora y Castillo —sistema *ordálico*, sistema *de prueba legal* o *tasada*, sistema *de sana crítica* y sistema *de libre apreciación*— ninguno puede adaptarse parejamente sin más ni más para todos y cada uno de los medios de prueba de un proceso dado. "Las peculiaridades de cada uno de dichos medios imponen reglas específicas, a grado tal que a veces, varía el sistema de apreciación de una prueba a otra prueba."⁴³⁸

Finalidad del probar

Toda la actividad probatoria que se desenvuelve en el proceso en sus diversas gamas, formas y características, ya sea que se trate de la prueba o de lo que Briseño llama sus variantes, o sea, la *mostración*, la *convicción* y el *acreditamiento*,⁴³⁹ tiene como finalidad lograr la convicción del juzgador respecto de la correspondencia entre las afirmaciones de las partes y los hechos o situaciones que fundamentan sus pretensiones o defensas. Es claro que por convicción entendemos el convencimiento o la

⁴³⁷ *Ibid.*, pp. 43-44.

⁴³⁸ Cipriano Gómez Lara, "La prueba en el derecho mexicano del trabajo...", p. 842.

⁴³⁹ Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 334.

persuasión que lleven al juzgador a determinadas conclusiones sobre las cuestiones planteadas. Es decir, no podemos limitar la convicción a una mera "inclinación del ánimo hacia una afirmación inverificable".⁴⁴⁰ Lo anterior, desde luego, no prejuzga sobre la posibilidad, por lo demás harto frecuente en la realidad, de que el juzgador llegue equivocadamente a convicciones a las que no debería haber llegado de acuerdo con el contenido, los medios de prueba ofrecidos, pero éste es otro problema y de ninguna manera niega la afirmación de que la finalidad de toda la actividad probatoria es construir, lograr u obtener el ánimo o la convicción del juzgador, repetimos, respecto de la coincidencia o correspondencia entre los hechos aducidos como fundamento de las pretensiones o defensas y las postulaciones de las partes.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 337.

Procedimientos paraprocesales. Explicación

La preposición inseparable para, antepuesta a la palabra procesal nos da el vocablo *paraprocesal*, debiendo éste significar lo que está junto o al lado del proceso. Por tanto, los *procedimientos paraprocesales* son los que están emparentados con el proceso, tienen ciertos paralelismos, pero no son en sí genuinos y verdaderos procesos, porque carecen de alguna de las peculiaridades o características fundamentales de éstos. Es indudable que la solución paraprocesal o la cuasiprocesal de muchos conflictos se va extendiendo, es decir, las formas de solución cuasiprocesal van expandiéndose a campos y sectores en los cuales antaño era desconocida o no practicada. En otras palabras, el campo de la actividad paraprocesal se ensancha y amplía y esto es una evidencia inobjetable de la conveniencia de la adopción de soluciones de tipo procesal.

A nuestro modo de ver, pueden distinguirse diversos sectores de procedimientos paraprocesales: el arbitraje, la impugnación administrativa, los procedimientos con forma de juicio o verdaderos procesos sustraídos a la jurisdicción estatal y a las jurisdicciones no estatales, dentro de las cuales podrían señalarse los tribunales de honor y la "jurisdicción" ética, así como ciertas "jurisdicciones" deportivas. Nos referimos en los párrafos siguientes, de manera muy genérica, a los procedimientos paraprocesales enunciados.

El arbitraje

Al hablar de las figuras heterocompositivas,⁴⁴¹ advertimos que las dos principales y más importantes son precisamente el arbitraje y el proceso jurisdiccional. También

⁴⁴¹ *Supra*, cap. 6.

examinamos en su oportunidad⁴⁴² la idea de los equivalentes jurisdiccionales, expuesta por Carnelutti, y expresamos la opinión, que ahora reiteramos, en cuanto a que, en rigor, el único equivalente jurisdiccional de los enunciados por Carnelutti, es el arbitraje. Sin embargo, esta posición no es aceptada unánimemente, y así, Alcalá-Zamora y Castillo expresa que "la sustanciación de un litigio ante jueces privados origina, no ya un 'equivalente' sino un auténtico proceso jurisdiccional".⁴⁴³ Es de admitirse que el arbitraje sea la figura más paraprocesal de todas las imaginables, puesto que es el fenómeno más cercano a lo procesal y a lo jurisdiccional, y lo es tanto, que ha llegado a sostenerse su carácter plenamente jurisdiccional y procesal. No obstante todo eso, en nuestra opinión nos limitamos a reconocerlo como un procedimiento paraprocesal, es decir, él está junto y al lado del proceso, es el más cercano al mismo, pero no constituye, en rigor, un genuino proceso jurisdiccional, porque no hay por parte del árbitro el desempeño de una genuina y verdadera función jurisdiccional, como la que cumple exclusivamente el estado, investida de la potestad de imponer, aun contra la voluntad de los pleitantes, el sentido de la resolución por cuyo medio termine el proceso.

Impugnación administrativa

Este sector de recursos, quejas y reaceramientos, "nosotros lo entendemos limitado al campo en el cual la relación del gobernado es simplemente lineal frente al órgano de gobierno, que es el mismo del que se reclama el acto, o el superior jerárquico del cual depende orgánica y funcionalmente. *Estamos en el umbral del proceso, pero todavía no en él*".⁴⁴⁴ Es pues, muy amplio el campo de la impugnación administrativa, un sector también paraprocesal, porque está junto al proceso y presenta en muchas ocasiones similitudes y paralelismos en el mecanismo de su procedimiento y en la forma de sus resoluciones.

Procedimientos con forma de juicio o paraprocesales, sustraídos a la jurisdicción procesal

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*,⁴⁴⁵ al dar reglas acerca de la procedencia del juicio de amparo, habla de actos emanados de tribunales judiciales,

⁴⁴² *Supra*, cap. 4.

⁴⁴³ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición...*, núm. 44, p. 74.

⁴⁴⁴ Cipriano Gómez Lara, "La protección procesal de los derechos humanos", en V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, marzo de 1972, p. 11.

⁴⁴⁵ Art. 107, fracc. III.

administrativos o del trabajo. Esta expresión de actos emanados de tribunales delimita el campo de lo estrictamente procesal. Frente a esta expresión de la constitución, por su parte, la *Ley de Amparo*⁴⁴⁶ habla de actos (de autoridad) que no provienen de tribunales, pero emanan de un *procedimiento en forma de juicio*. Esta feliz expresión engloba al sector amplísimo de todo el campo *paraprocesal estatal*, particularmente de lo paraprocesal, en las manos de diversas entidades u organismos de la administración pública. Sería imposible en un trabajo de la naturaleza del presente intentar un análisis de los diversos y variados ejemplos de los procedimientos en forma de juicio, que cada día van proliferando en las diversas esferas de la administración pública. Citamos como ejemplo los procedimientos de conciliación y arbitraje, que tanto en materia de seguros como de relaciones entre instituciones de crédito patronas y sus empleados, desempeñan las comisiones Nacional Bancaria y de Seguros o el procedimiento arbitral al que pudieran sujetarse las partes ante la Procuraduría Federal del Consumidor.⁴⁴⁷ Éste es un clarísimo caso de procedimientos en forma de juicio, los cuales, sin embargo, no emanan ni provienen de tribunales. Alcalá-Zamora y Castillo explica que

[...] dentro de organismos de justicia paritaria, el puesto de juez imparcial sea ocupado por un funcionario administrativo o por un delegado gubernativo [...] se trata [...] de procesos sustraídos por razones más o menos atendibles a la jurisdicción judicial ordinaria, para transferirlos a una jurisdicción gubernativa o administrativa especial.⁴⁴⁸

La materia [del litigio] origina [...] el deslinde entre litigios susceptibles de solución procesal y litigios excluidos de la misma principalmente para quedar reservados a la administración mediante modalidades más o menos procesalizadas de autodefensa o de autocomposición.⁴⁴⁹

En las dos proposiciones anteriores de Alcalá-Zamora y Castillo queremos encontrar, desde luego, dos situaciones diversas, pero ambas paraprocesales. Por un lado, los procesos sustraídos a la jurisdicción judicial, pero encomendados a otra jurisdicción puesta en manos de órganos de la administración y que serían los casos señalados por la *Ley de Amparo* de procedimientos en forma de juicio, provenientes de autoridades que no son tribunales. Por otro lado, estaría el caso de litigios sustraídos a todo tipo de solución procesal genuina, y simplemente con una apariencia procesal, pero que en el fondo y en rigor son un fenómeno de autodefensa o de au-

⁴⁴⁶ Art. 114, fracc. II, párr. segundo.

⁴⁴⁷ Cfr. Cipriano Gómez Lara, "Opciones procesales del abogado de empresa", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 9, julio de 1977, p. 336.

⁴⁴⁸ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, pp. 174 y 175.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 137.

to composición. Se trata, en todo caso, de zonas contiguas al proceso, si bien lo es la primera, más que la segunda.

Parajurisdicciones no estatales

Alcalá-Zamora y Castillo expresa que se limita a plantear la cuestión sin entrar a fondo a su estudio, mediante el planteamiento siguiente: "¿Constituyen verdaderas jurisdicciones no estatales, o lo son simplemente toleradas, las que dilucidan controversias en ámbitos como el deportivo [...] el corporativo o el de ciertas relaciones laborales?"⁴⁵⁰ Es el caso, muy frecuente, de los llamados *tribunales de honor* o de la también denominada *jurisdicción ética*. En los sindicatos, en las asociaciones profesionales, en los clubes y en una multitud de organismos, inclusive en las propias universidades, llegan a existir estos tribunales de honor y estas jurisdicciones éticas como campos paraprocesales. Sin embargo, sus deficiencias, su falta de técnica y las aberraciones y absurdos a que llegan con mucha frecuencia en las decisiones emitidas, nos hacen pensar que esta zona no es ya tan contigua ni tan cercana al proceso. Tales circunstancias son las que llevan a Alcalá-Zamora y Castillo a sostener que los tribunales de honor deben desaparecer y ser sustituidos por un *genuino proceso* "con plenas garantías procesales — es decir, sin misterios, acechanzas ni rencores —".⁴⁵¹

En este mismo tipo de parajurisdicciones no estatales podríamos comprender las jurisdicciones deportivas, de las que Alcalá-Zamora escribe que "las competencias deportivas pueden dar lugar a dos clases de manifestaciones seudojurisdiccionales: por un lado, a la de los árbitros que dirigen las contiendas [...] y, por otro, a la disciplinaria e inclusive laboral, que llevan a cabo clubes y federaciones frente a los deportistas profesionales".⁴⁵²

Recapitulando todo lo expuesto hasta aquí, concluimos que el campo de lo paraprocesal está compuesto por los sectores a los que nos hemos referido, a saber: la impugnación administrativa, los procedimientos en forma de juicio o paraprocesales sustraídos a la jurisdicción estatal y a la parajurisdicción no estatal, como diversos casos señalados de los tribunales de honor, de la parajurisdicción ética, la parajurisdicción deportiva y, finalmente, el arbitraje.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 66.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 42.

Clases de resoluciones del tribunal

Se ha entendido por resolución judicial "toda decisión o providencia que adopta un juez o tribunal en el curso de una causa contenciosa o de un expediente de jurisdicción voluntaria, sea a instancia de parte o de oficio".⁴⁵³ La ley adjetiva civil federal al hablar de las resoluciones judiciales las clasifica en los términos siguientes: "Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; autos, cuando decidan cualquier punto dentro del negocio, y sentencias, cuando decidan el fondo del negocio."⁴⁵⁴

La legislación procesal civil del Distrito Federal clasifica a las resoluciones así:

Simple determinaciones de trámite y entonces se llaman *decretos*; determinaciones que se ejecuten provisionalmente y que se llaman *autos provisionales*; decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la prosecución del juicio que se llaman *autos definitivos*; resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman *autos preparatorios*; decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, que son las *sentencias interlocutorias*; y, *sentencias definitivas*.⁴⁵⁵

En un análisis comparativo entre los sistemas de clasificación de las resoluciones judiciales adoptados por los dos códigos procesales citados, De Pina y Castillo Larrañaga indican:

⁴⁵³ Guillermo Cabanellas, *op. cit.*, t. III, p. 572; voz: "Resolución judicial".

⁴⁵⁴ *Código Federal de Procedimientos Civiles*, art. 220.

⁴⁵⁵ *Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal*, art. 79.

La clasificación de las resoluciones judiciales formulada por el *Código Federal de Procedimientos Civiles* es mucho más sencilla que la del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios*. Esta materia es una de las menos felizmente tratadas por el código procesal del Distrito Federal. En vez de establecer tres clases de resoluciones —decretos, autos y sentencias—, complica innecesariamente la clasificación subdividiendo los autos en otras tres —provisionales, definitivos y preparatorios— y conserva el viejo tipo de sentencia interlocutoria (que en realidad es un auto) junto a la sentencia definitiva, lo que en la práctica se presta a dudas y confusiones y al consiguiente planteamiento de problemas de difícil solución.⁴⁵⁶

La clasificación de las resoluciones judiciales es importante sobre todo para saber qué recurso o medio de impugnación procede contra ellas. Aunque las consideraciones acerca de la sentencia, así como lo relativo a la teoría de la impugnación, será materia de estudio en los capítulos siguientes.⁴⁵⁷ Las reglas del recurso o del medio de impugnación procedentes varían si se trata de una sentencia, un auto o un simple decreto o providencia. Consideramos que ningún otro autor trata con mayor rigor técnico los aspectos de procedencia de los recursos en contra de los diversos tipos de resoluciones que hace Adolfo Maldonado.⁴⁵⁸ Es pertinente advertir, al respecto, que no entramos en el análisis de esas reglas de procedencia de los recursos porque en todo caso se trata de cuestiones que deberán ser examinadas en los diversos cursos procesales concretos, a saber, de procesal civil, procesal penal, procesal constitucional, procesal del trabajo, etc. Los criterios de distinción, respecto de los diversos tipos de resoluciones no varían en gran parte, si nos trasladamos de un campo procesal a otro. Así, en el proceso penal, Franco Sodi explica:

El *Código de Procedimientos Penales* del Distrito, apeándose a nuestra tradición jurídica, distingue tres diversas clases de resoluciones judiciales: decretos, autos y sentencias; en cambio la ley federal adjetiva [...], se concretó a diferenciar tan sólo sentencias y autos, considerando entre éstos los que siempre han sido llamados así y, además los decretos [...] los decretos son resoluciones del juez por medio de las cuales dicta medidas encaminadas a la simple marcha del proceso [...] los autos son resoluciones judiciales que afectan no solamente a la cuestión procesal, sino también a cuestiones de fondo que surgen durante el proceso y que es indispensable resolver antes de llegar a la sentencia y precisamente para estar en condiciones de pronunciarla; por ejemplo, la formal prisión se resuelve por medio de un auto [...] se entiende por sentencia [...] la (resolución) que pone fin a la instancia y contiene la aplicación de la ley, perseguida.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Rafael de Pina y J. Castillo Larrañaga, *op. cit.*, tit. IX, cap. 1, p. 281.

⁴⁵⁷ *Infra*, caps. 58-60.

⁴⁵⁸ Cfr. Adolfo Maldonado, *Derecho procesal civil*, Robledo, México, 1947, pp. 137-141.

⁴⁵⁹ Carlos Franco Sodi, *El procedimiento penal mexicano*, Porrúa, México, 1956, pp. 109 y 110.

Sentencia. Requisitos formales

De lo expuesto en el capítulo anterior puede deducirse que la sentencia es un tipo de resolución judicial, probablemente el más importante, que pone fin al proceso. Si dicha sentencia, además de poner fin al proceso, entra al estudio del fondo del asunto y resuelve la controversia mediante la aplicación de la ley general al caso concreto, decimos que se ha producido una sentencia en sentido material. Por el contrario, si la resolución que pone fin al proceso no entra al fondo del asunto ni dirige la controversia, sino que, por ejemplo, aplaza la solución del litigio para otra ocasión, y si contiene declaraciones de significado y trascendencia exclusiva y meramente procesal, estaremos frente a una sentencia formal, pero no material.

Será desde otro ángulo de vista, el cual nos interesa en el presente capítulo, que se examinarán los *requisitos formales* de la sentencia; en ese sentido, De Pina y Castillo Larrañaga⁴⁶⁰ hablan de la estructura de la sentencia, en cuanto forma de redacción y los requisitos formales que deba tener. Refiriendo estos requisitos a los artículos del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, los autores enumeran los siguientes, de carácter externo, para las sentencias:

- a) Estar redactada como todos los documentos y resoluciones judiciales, en español (art. 56);
- b) Contener la indicación del lugar, fecha y juez o tribunal que la dicte; los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litigan, y el objeto del pleito (art. 86);
- c) Llevar las fechas y cantidades escritas con letra (art. 56);

⁴⁶⁰ Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, cap. I, tit. IX, p. 284.

- d) No contener raspaduras ni enmendaduras, poniéndose sobre las frases equivocadas una línea delgada que permita su lectura, salvándose el error al final con toda precisión (art. 57), y
- e) Estar autorizadas con la firma entera del juez o magistrados que dictaron la sentencia (art. 80).⁴⁶¹

De acuerdo con las prescripciones del *Código Federal de Procedimientos Civiles* (arts. 219 y 222), las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial (es decir, la expresión del tribunal que las dicta, lugar, fecha y fundamentos, firmas del juez o magistrado y la autorización del secretario), una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables tanto legales como doctrinales, comprendiendo en ellas los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.⁴⁶²

Lo cierto es que aunque la legislación procesal civil del Distrito Federal haya pretendido desterrar usos tradicionales en la redacción de las sentencias, estos usos han sobrevivido, en lo que tienen de utilidad, y de acuerdo con ellos subsisten las partes denominadas *de resultandos* y *de considerandos*, como integrantes de toda sentencia. En resumen, la estructura de toda sentencia presenta estas cuatro grandes secciones o partes:

- Preámbulo
- Resultandos
- Considerandos
- Puntos resolutivos

Un análisis del contenido y de la estructura o formación de cada una de esas partes nos permite hacer las siguientes reflexiones:

Preámbulo

En el preámbulo de toda sentencia debe señalarse, además del lugar y de la fecha, el tribunal del que emana la resolución, los nombres de las partes y la identificación del tipo del proceso en que se está dando la sentencia. Es decir, en el preámbulo deben vaciarse todos aquellos datos que sirvan para identificar plenamente el asunto.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 284. Actualmente, en cuanto a los incisos a, c y d, las disposiciones del texto del código que reglamentan tales extremos se encuentran contenidas en las fracs. I y III del art. 56.

⁴⁶² *Ibid.*, pp. 284-285.

Resultandos

Los resultandos son simples consideraciones de tipo histórico descriptivo. En ellos se relatan los antecedentes de todo el asunto, refiriendo la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que ha esgrimido, así como la serie de pruebas que las partes han ofrecido y su mecánica de desenvolvimiento. Debe tenerse mucho cuidado en precisar que en esta parte de los resultandos, el tribunal no debe hacer ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo.

Considerandos

Los considerandos son la parte medular de la sentencia. Es aquí donde, después de haberse relatado en la parte de resultandos toda la historia y todos los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y a las opiniones del tribunal, resultado de la confrontación entre las pretensiones y las resistencias, y también a través de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de la controversia. En el presente capítulo se trata el tema de los considerandos, simplemente como una parte formal de toda sentencia, no en cuanto a su contenido, lo cual será objeto de nuestra atención en el capítulo siguiente.⁴⁶³

Puntos resolutivos

Los puntos resolutivos de toda sentencia son su parte final, en la que se precisa de forma muy concreta, si el sentido de la resolución es favorable al actor o al reo; si existe condena y de qué monto es; se precisan los plazos para que se cumpla la sentencia y, en resumen, se resuelve el asunto. Nada puede dar mejor idea de la estructura de la sentencia que identificar los cuatro puntos referidos si se aprecian objetivamente en varios ejemplares que contengan este tipo de resoluciones.⁴⁶⁴

⁴⁶³ *Infra*, cap. 59.

⁴⁶⁴ Es recomendable que al tratarse este tema se proporcionen al estudiante, o se les hagan traer a la clase, ejemplares de diversas sentencias (civiles, mercantiles, penales, laborales) dictadas por distintos tipos de tribunales.

Por requisitos *internos* o *esenciales* o *sustanciales* de las sentencias debe entenderse no aquellos de formación o estructura, examinados en el capítulo anterior, sino los aspectos esenciales de contenido que toda sentencia debe poseer. De Pina y Castillo Larrañaga⁴⁶⁵ explican que dichos requisitos son congruencia, motivación y exhaustividad.

Congruencia de la sentencia

Por congruencia ha de entenderse aquel principio normativo dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido, oportunamente, por los litigantes, y en relación con los poderes atribuidos en cada caso, al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico.⁴⁶⁶

Es decir, la congruencia debe entenderse como una correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal. Por tanto, si esa correspondencia se encuentra en las sentencias, entonces puede decirse que reúnen el requisito de congruencia; por el contrario, si la sentencia se refiere a cosas que no han sido materia del litigio, ni de las posiciones de las partes, será incongruente. "Al requisito de la congruencia alude el art. 81 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* cuando dispone que las sentencias deben ser claras,

⁴⁶⁵ R. de Pina y J. Castillo Larrañaga, *op. cit.*, cap. I, tft. IX, p. 285.

⁴⁶⁶ Pedro Aragonese, *Sentencias congruentes*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 227.

precisas y *congruentes* con las demandas y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito.⁴⁶⁷

Motivación de la sentencia

La motivación de la sentencia consiste en la obligación del tribunal de expresar los motivos, razones y fundamentos de su resolución. En el régimen jurídico mexicano, la motivación y fundamentación de los actos no es exclusiva de los órganos judiciales, sino que se extiende a toda autoridad. En efecto, al disponer la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* que: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que *funde y motive* la causa legal del procedimiento",⁴⁶⁸ consagran el derecho de todo gobernado a que cualquier acto de autoridad, además de emanar de una autoridad competente, entrañe la obligación para ésta, de motivar y fundamentar sus actos, lo que debe ser entendido en el sentido de que la propia autoridad está obligada a expresar los preceptos o principios jurídicos en los que funde su actuación (*fundamentación*) y los motivos o razonamientos que lleven a la autoridad a aplicar ese principio jurídico al caso concreto (*motivación*). Si es pues, por tanto, obligación de toda autoridad la motivación y fundamentación de sus actos, esta necesidad se redobra o acentúa, en el caso de los actos jurisdiccionales y muy especialmente en la sentencia que es la resolución más importante con la que culmina un proceso jurisdiccional. De ahí que la sentencia sea el acto estatal que mayor necesidad tiene de motivación y fundamentación.

Exhaustividad de la sentencia

Pensamos que el requisito de exhaustividad que debe reunir toda resolución en la cual se sentencie un proceso, no es sino una consecuencia de los otros dos. En efecto, una sentencia es exhaustiva en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna. Es decir, el tribunal al sentenciar debe agotar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas. La sentencia no será exhaustiva cuando deje de referirse a algún punto, a alguna argumentación, a alguna prueba. En otras palabras, al dictarse una sentencia debe tenerse mucho cuidado en examinar, ago-

tándolos, todos los puntos relativos a las afirmaciones y argumentaciones de las partes y a las pruebas rendidas.

Todo lo relativo a los requisitos sustanciales de las sentencias tiene una muy especial importancia, como habremos de ver en el capítulo siguiente,⁴⁶⁹ al tratar lo relativo a la impugnación. La impugnación de las sentencias, aparte de los defectos formales, externos o de estructura que puedan presentar, por lo general se enfoca en los defectos sustanciales, o sea, las circunstancias en que la sentencia presente fallas en sus requisitos, ya mencionados, de congruencia, motivación y exhaustividad.

⁴⁶⁷ R. de Pina y J. Castillo Larrañaga, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁶⁸ Art. 16.

⁴⁶⁹ *Infra*, cap. 60.

Teoría de la impugnación. El fin de la impugnación. Distinción entre recurso y medio de impugnación

Al referirnos a las razones, para nosotros, fundamentadoras de la unidad del derecho procesal,⁴⁷⁰ advertimos que en todo proceso existe un *principio general de impugnación*, o sea que las partes deben contar con los medios para combatir las resoluciones de los tribunales, si éstas son incorrectas, ilegales, equivocadas o irregulares o pronunciadas sin apego a derecho. Por regla general, en todo proceso existe un principio de impugnación, incluso en aquellos carentes de recursos reglamentados, ya que es muy difícil encontrar un proceso que no admita un medio de impugnación. Es más, en muchos casos, mediante otro segundo o ulterior proceso.

Al estudiar la impugnación, Micheli expone:

El proceso de cognición no se agota con el pronunciamiento de la decisión por parte del juez que ha sido el primero en tomar el examen de la controversia. El legislador ha acogido, en efecto, una regla de la experiencia que enseña cómo dos jueces diferentes tengan el modo de profundizar mejor que uno solo la sustanciación y la decisión de la causa, y, por consiguiente, de decidir mejor la controversia [...] Los medios de impugnación son los instrumentos procesales ofrecidos a las partes para provocar aquel control sobre la decisión del juez, y este control es, en general (precisamente para la apelación, el recurso de casación, la regulación de competencia), encomendado a un juez no sólo diverso de aquel que ha emitido el pronunciamiento impugnado o gravado, sino también de grado superior, aun cuando no esté en relación jerárquica verdadera y propia con el primero. No se excluye, sin embargo, que en ciertos casos, en consideración al

⁴⁷⁰ *Supra*, cap. 7.

tipo de control invocado, este último sea ejercitado por el mismo juez que ha pronunciado la sentencia, objeto del control (revocación, oposición de tercero).⁴⁷¹

Toda impugnación se basa en la falibilidad humana; es decir, los actos del hombre están siempre expuestos a caer o a incurrir en equivocaciones y en injusticias. Ésta puede ser considerada la razón justificativa de la impugnación.

Otra observación que consideramos útil es que la teoría de la impugnación debe presentar un enfoque unitario, al menos en lo procesal, lo que nos permite advertir que los actos de impugnación como resistencia a una resolución de autoridad rebasan el límite de lo meramente procesal. Puede, pues, pensarse en una impugnación extra o metaprocesal, como aquella que intenta el particular frente a los actos de la administración pública que no son actos de tipo jurisdiccional. Sin embargo, nuestras reflexiones aquí deben limitarse a la impugnación procesal.

Advierte Briseño Sierra que el término *impugnación* es multívoco e intenta precisar su significado:

Hay en la impugnación un dato que no debe olvidarse: el dinamismo de la instancia. La impugnación es la aplicación del instar con un fin particular, individualizado. La peculiaridad que singulariza a este tipo de instancia es aquella pretensión de resistir la existencia, producción o los efectos de cierta clase de actos jurídicos.⁴⁷²

Los problemas de clasificación de los distintos medios de impugnación están íntimamente ligados con la cuestión relativa a la unidad de toda la impugnación. Así, De la Rúa, al hacer el examen del problema, y citando a Calamandrei, expresa:

Este concepto unitario de impugnación ha sido resistido por muchos y prestigiosos autores: buena parte de la doctrina, aunque se refiere en general a "los medios para impugnar las sentencias" distingue entre impugnaciones (acción de impugnación) y medios de gravamen. Se considera medio de gravamen (o medio ordinario, *v. gr.*, la apelación) a "aquel que determina el reexamen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal", no para rescindir un fallo ya formado sino para juzgar nuevamente la causa, sustituyéndose la anterior sentencia por la pronunciada a consecuencia del recurso. El *ad quem* juzga *ex novo* como si el primer fallo nunca hubiera existido. La acción de impugnación (medio extraordinario), en cambio, tiende a rescindir el fallo ya formado, eliminándolo en cuanto puedan comprobarse en él determinado tipo de vicios que lo hagan anulable; pero el *ad quem* no conoce de la causa *ex novo* sino que se limita a decidir una cuestión diversa, originaria, que es la relativa al examen de la validez de la sentencia primitiva; un nuevo juicio sobre la causa sólo puede sobrevenir mediatamente,

una vez producida la anulación del anterior; recién cuando el primer fallo es eliminado [...] puede verificarse una nueva decisión sobre el fondo [...] dentro de los límites alcanzados por la anulación. Con el medio de gravamen se obtiene el inmediato reexamen de la causa; con la acción de impugnación ese reexamen sólo sobreviene de manera mediata.⁴⁷³

Con una muy loable pretensión de sistematizar lo relativo a la impugnación, Briseño nos advierte que el número de dichas impugnaciones es tan elevado, que cualquier recuento corre el peligro de quedarse corto:

Hay nombres que parecen vivir sólo en la historia: primera y segunda suplicación, recurso de injusticia notoria, *querella nulitatis*, *restitutio in integrum*, el residente y el rescisorio, etcétera. Otros se atacan por ser neologismos, extranjerismos o barbarismos, como "reconsideración" o "reacertamiento". Y, en fin, los más son ambiguos o equívocos como "revocación", "inconformidad", etcétera.⁴⁷⁴

Más adelante, el propio autor, excluyendo ya a la acción impugnativa, habla de: "Censura, crítica y control [...] frente a petición, queja y reacertamiento."⁴⁷⁵

Lo cierto es que una reglamentación uniforme de los medios de impugnación, en cuanto a sus clases, naturaleza y procedimientos, es imposible de lograr. Ello deriva de las diversas concepciones no sólo legislativas, sino doctrinales, de cada país y de cada cultura jurídica. Por tanto, la teoría general del proceso sólo puede enfocar el tema de los medios de impugnación advirtiendo que son recursos, procedimientos, instancias o acciones reconocidas a favor de las partes, para que puedan combatir los actos o resoluciones de los tribunales, cuando éstos sean incorrectos, equivocados, no apegados a derecho o injustos. Si los recursos reglamentados en determinado sistema procesal son dos, tres o cinco, si reciben diferentes nombres y si sus alcances o procedimientos son distintos reiteramos que ello deriva o depende de factores legislativos o doctrinales peculiares y característicos de la cultura jurídica del lugar de que se trate.

Distinción entre recurso y medio de impugnación

Es necesario dejar establecida una distinción necesaria entre el recurso y el medio de impugnación. Todo recurso es, en realidad, un medio de impugnación; contrariamente, existen medios de impugnación que no son recursos. Esto significa, pues,

⁴⁷¹ Antonio Micheli Gian, *Curso de derecho procesal civil*, EJE, Buenos Aires, 1970, vol. II, pp. 265 y 266.

⁴⁷² Humberto Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 672.

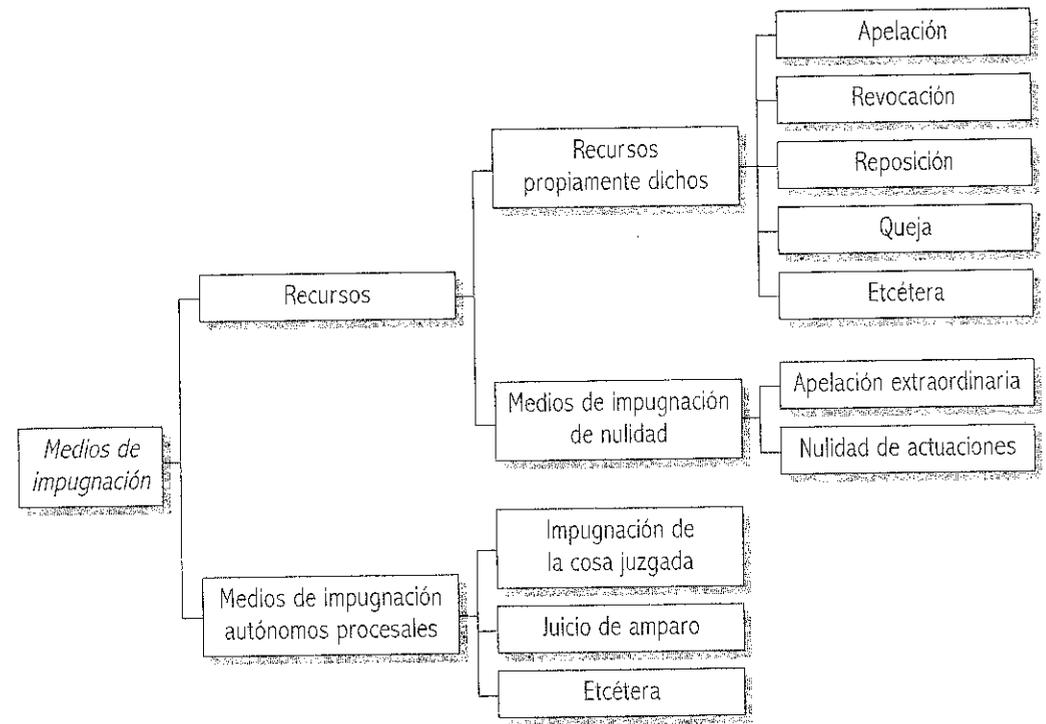
⁴⁷³ Fernando de la Rúa, *El recurso de casación*, Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1968, pp. 50 y 51.

⁴⁷⁴ Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 688.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 690.

que el medio de impugnación es el género y el recurso es la especie. El recurso técnicamente es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del seno mismo del proceso, ya sea como un reexamen parcial de ciertas cuestiones o como una segunda etapa, o segunda instancia, del mismo proceso. Por el contrario, pueden existir medios de impugnación extra o metaprocesales, entendido esto en el sentido de que no están dentro del proceso primario ni forman parte de él. Estos medios de impugnación pueden ser considerados extraordinarios y frecuentemente dan lugar a nuevos o ulteriores procesos. En el sistema procesal mexicano serían recursos la apelación, la revocación y la queja, que están reglamentados y se dan dentro del proceso común y corriente. Ahora bien, el juicio de amparo es un medio característico de impugnación, porque no es parte del proceso primario, sino que es un proceso específico impugnativo, por cuyo medio se combate una resolución definitiva dictada en un anterior y distinto proceso. Claro está que nos referimos al amparo directo, es decir, al amparo casación que implica, utilizando la terminología expuesta por De la Rúa,⁴⁷⁶ una acción de impugnación, un medio extraordinario que tiende a rescindir el fallo ya formado. Es decir, la sentencia en estos procesos impugnativos, en estas acciones de impugnación, viene a ser una mera sentencia que o bien deja subsistente la anterior (niega el amparo), o bien, si encuentra que la sentencia impugnada adolece de vicios o de defectos, la desaplica (se otorga el amparo) y al desaplicarla remite el asunto, lo reenvía al tribunal que dictó la sentencia combatida, para que dicte una nueva que puede obligarlo a corregir vicios, ya sea de mero procedimiento (*in procedendo*) o bien cometidos al sentenciar (*in iudicando*), es decir, lo que nuestro sistema de amparo conoce como, en el primer caso, violaciones de procedimiento y, en el segundo, violaciones sustanciales o de fondo.

Cuadro 60.1. Medios de impugnación.



⁴⁷⁶ *Supra*, cita 473.

Breve referencia a la ejecución procesal. Medios de apremio, correcciones disciplinarias. Vía de apremio y ejecución de penas

Respecto de la ejecución, Briseño Sierra advierte, con su afán de crítica semántica, que el término presenta en la doctrina diversas significaciones, y así, puede ser:

[...] cumplimiento, promulgación, reglamentación, ejercicios de facultades, aplicación de normas, efectuación de órdenes, eficacia de los actos y un cúmulo más de significados, que hace insuficiente cualquier diccionario de sinónimos limitados a sentidos tales como: realizar, efectuar, hacer, cumplir, verificar, ajusticiar, matar, tocar, embargar, etcétera.⁴⁷⁷

En cuanto a la *ejecución procesal*, cabe hacer las consideraciones siguientes: pensamos que es la realización material, la mutación en el ámbito fáctico, que es una consecuencia de lo que la sentencia ha ordenado. Es preciso dejar bien claro que, por una parte, no todas las resoluciones judiciales llevan necesariamente a una ejecución, y por otra, en ocasiones demasiado frecuentes, no obstante que se obtiene una resolución jurisdiccional, no es posible ejecutarla por múltiples circunstancias. Hay resoluciones judiciales que no admiten ejecución, porque los efectos que provocan en el mundo jurídico se dan por la resolución misma, como es el caso de las sentencias que podríamos calificar de declarativas, es decir, aquellas que simplemente vienen a reconocer una situación fáctica y a sancionarla como jurídicamente aceptable e intachable. Pero junto a estos casos también es menester considerar que otras sentencias ejecutables no lo son por circunstancias de la realidad de cada caso. Así, pensemos en la condena en contra de un deudor insolvente, quien, precisamente en razón de esa incapacidad de pago, no va a poder ser ejecutado.

⁴⁷⁷ Briseño Sierra, *op. cit.*, t. IV, p. 693.

Mediante la ejecución, que supone por otra parte un desacato de parte del obligado a la sentencia, al sentido de la resolución dictada, se echa a andar la maquinaria estatal para que, incluso mediante el uso de la fuerza pública, se imponga el sentido de la resolución, aun en contra de la voluntad del obligado. Si se logra la ejecución, con ello se habrá satisfecho el derecho y la pretensión, cerrándose el ciclo de las ideas derecho-opinión, pretensión-acción-satisfacción, al que nos referimos al principio de esta obra.⁴⁷⁸

Se ha discutido mucho, en diversos tonos y posiciones, si la ejecución de la sentencia tiene o no un carácter jurisdiccional y, por ende, procesal. Hafter, citado por Alcalá-Zamora,⁴⁷⁹ sostiene la existencia de un derecho ejecutivo penal. La ejecución no es ni puede ser esencialmente jurisdiccional, ya sea que se trate de una ejecución en un proceso civil, en un proceso penal o en cualquier otro tipo de proceso. De ahí que Alcalá-Zamora,⁴⁸⁰ con todo acierto, haga ver que las diferencias existentes entre la ejecución penal y la ejecución civil, de existir, no pueden afectar para nada lo relativo a la unidad de lo procesal, si partimos de la consideración básica de que la ejecución, en términos generales, como lo venimos exponiendo, no es esencialmente ni jurisdiccional ni procesal.

Lois Estévez⁴⁸¹ hace evidente el carácter administrativo de la ejecución, al predicar la tesis que sostiene como función del proceso la aplicación de las sanciones de la ley. Esta aplicación de sanciones, en lo procesal, sólo atañe quizás a la determinación de éstas, pero no a su materialización o realización fáctica, que es por naturaleza una función administrativa. Aunque en múltiples casos la lleguen a realizar los jueces, no implica que sea una función propiamente jurisdiccional, sino administrativa, la cual es puesta eventualmente en manos de los juzgadores, porque, en realidad, lo que sucede es que la ejecución es colocada, en mayor o menor grado, en manos de los tribunales, lo que hace que llegue a confundirse la función judicial con la naturaleza jurisdiccional de los actos realizados por los jueces y tribunales. Este mayor o menor grado de intervención de los jueces en la ejecución de la sentencia varía de un sistema jurídico a otro, y también de unos procesos a otros. Así, no es igual el grado de intervención del juez en la ejecución dentro del sistema anglosajón que en el sistema latinoamericano; y tampoco es igual la intensidad de dicha intervención judicial en la ejecución, por regla general, en el proceso penal que en el proceso civil.

Se consideran principalmente los siguientes efectos de la sentencia:

- a) La cosa juzgada
- b) La llamada impropriamente *actio iudicati*, o sea, la facultad correspondiente a la parte que ha obtenido sentencia favorable, de hacerla *ejecutar judicialmente*, si el vencido no la cumple de modo voluntario
- c) Las costas procesales⁴⁸²

La cosa juzgada implica básicamente dos consecuencias: la imposibilidad de impugnación ulterior de la sentencia (aspecto procesal) y la posibilidad de que esa sentencia considere el asunto definitivamente resuelto, impidiendo por ello un ulterior examen de la misma cuestión en otro proceso (sentido material). Los mismos autores, al referirse a la ejecución de la sentencia, expresan:

Frente a la sentencia desfavorable, el vencido puede adoptar una de estas dos posiciones: acatar el fallo y cumplirlo voluntariamente o desobedecer el mandato contenido en la resolución. En este último caso, la falta de cumplimiento voluntario por la parte vencida abre paso a la ejecución forzosa. La ejecución forzosa de la sentencia es una consecuencia necesaria de la naturaleza de mandato de autoridad que corresponde a toda resolución judicial, y se halla impuesta, además, para impedir, dentro de lo humanamente posible, que queden fallidas, por voluntad del vencido en juicio, las legítimas pretensiones del vencedor [...] La ejecución coactiva de la sentencia se plantea, pues, como una exigencia de su eficacia práctica, cuando la parte vencida no se presta a cumplirla voluntariamente. Constituye la ejecución de la sentencia una etapa [...] del proceso, dirigida a hacer efectivo el fallo judicial.⁴⁸³

La ejecución procesal es, comoquiera que se vea, una consecuencia de la potestad y del imperio que el juez, en su calidad de titular del órgano estatal, posee. La jurisdicción es una función estatal integral, en la medida en que el tribunal pueda hacer cumplir por sí mismo las determinaciones que dicte. Pero este *cumplir por sí mismo* no debe entenderse en el sentido de que sea el propio juez el que materialmente ejecute la resolución dictada; basta que tenga las atribuciones de imperio para ordenar esa ejecución. El cumplimiento de las órdenes giradas por el tribunal a veces toca desempeñarlo a órganos judiciales (actuarios, secretarios ejecutores u otras entidades u oficinas de dependencia judicial) y, en otras ocasiones, son entidades o autoridades distintas y ajenas a los órganos judiciales las encargadas de realizar la ejecución de los mandatos emanados del tribunal. Reiteramos aquí la idea de que en los actos de ejecución es variable el grado de intervención del tribunal. Como tendremos oportunidad de ver más adelante, es indudable que en los procesos de derecho privado o patrimonial los aspectos de ejecución de las resoluciones están

⁴⁷⁸ *Supra*, cap. 2.

⁴⁷⁹ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *La teoría general del proceso y la enseñanza...*, p. 27.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁸¹ José Lois Estevez, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸² Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, *op. cit.*, cap. II, tít. IX, p. 289.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 296 y 297.

más en las manos del propio tribunal y de sus órganos o entidades dependientes; por el contrario, en las ejecuciones de tipo penal, los actos mismos de ejecución están más alejados del propio tribunal y corresponden o competen a entidades y a órganos de autoridad que no son de naturaleza judicial ni dependen jerárquica o administrativamente de los tribunales.

Las sentencias de los tribunales no son las únicas resoluciones dictadas por éstos que son materia de ejecución. Por el contrario, son múltiples las resoluciones emanadas de los jueces y tribunales durante el desarrollo mismo del proceso, las cuales pueden ser objeto de ejecución. A título de ejemplos ilustrativos, hablaremos en seguida de lo relativo a los medios de apremio y a las correcciones disciplinarias como aspectos de ejecución de resoluciones judiciales.

Debe entenderse por medio de apremio aquella providencia que el juez o el tribunal están en posibilidad de dictar para que se hagan cumplir otras diversas determinaciones libradas antes por el propio tribunal o por el propio juez. Es decir, el medio de apremio implica que el obligado a cumplir o a observar determinada conducta, en virtud de un mandamiento del tribunal, se resista sin legitimidad a ello. El juez o el tribunal entonces pueden emplear los diversos *medios de apremio* autorizados por la ley precisamente para forzar al obligado al cumplimiento de la decisión que se hubiere dictado. El medio de apremio es una de las formas en las cuales el tribunal tiene la potestad o el imperio para hacer cumplir las resoluciones que ha expedido; de ahí deriva la consecuencia evidente de que se trata de un acto de naturaleza ejecutiva, es decir, dictar medios de apremio es un ejemplo claro y patente del ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales para obligar a las partes o a los terceros a que éstos cumplan con sus determinaciones. En efecto, el destinatario de un medio de apremio puede ser no sólo uno de los litigantes, sino también algún abogado, o bien un tercero, por ejemplo, un perito o un testigo.

Nuestro *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*⁴⁸⁴ establece que los jueces, para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

1. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el art. 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia.
2. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario.
3. El cateo por orden escrita.
4. El arresto hasta por 36 horas.

Como puede verse, en todos los casos anteriores de medios de apremio autorizados por la ley debe suponerse, como lo hemos dejado apuntado, una actitud de resis-

tencia, de incumplimiento por parte del destinatario de una orden. Si un testigo, por ejemplo, se niega a comparecer al tribunal para rendir su testimonio, puede ser obligado a hacerlo utilizando el tribunal los diversos medios de apremio señalados, inclusive, hasta el caso de traer a dicho testigo haciendo uso de la fuerza pública. Otro caso evidente y que se presenta con determinada frecuencia en los tribunales, es el del rompimiento de cerraduras. Nos parece un ejemplo claro del significado y de la trascendencia del medio de apremio. En efecto, si alguien, para evitar el desarrollo de una diligencia judicial, llega al extremo de cerrar con candado y chapas las puertas de acceso al lugar donde la diligencia debe desenvolverse, es evidente que ante esa resistencia del particular, el órgano jurisdiccional estatal ordenará que se fracturen las cerraduras y las chapas respectivas. De otra suerte, si estos medios de apremio no existieren o no fueran eficaces, los particulares de mala fe fácilmente podrían evadir el cumplimiento de los mandatos de la autoridad judicial.

Una crítica que debe enderezarse en contra de nuestro sistema radica en que en muchas ocasiones las multas, los arrestos, ordenados por las autoridades judiciales, no son eficazmente ejecutados por las autoridades administrativas encargadas de cumplimentarlos. Si los medios de apremio no son aplicados eficaz y enérgicamente, los jueces, los tribunales, las autoridades judiciales, en general, pierden respeto y si el particular resistente al mandato de autoridad sabe que el medio de apremio que el juez dicte no lo perjudicará en la realidad, entonces esto llega a propiciar lo que desgraciadamente suele suceder en nuestro medio judicial con mucha frecuencia, es decir, que este tipo de litigantes y de particulares lleguen a adoptar actitudes de burla irrespetuosa, con plena conciencia de que los medios de apremio dictados por los jueces no serán cumplimentados. Por esto, en este mismo orden de ideas, debe robustecerse el propósito de estructurar las mecánicas y procedimientos necesarios para que los medios de apremio ordenados por los jueces y tribunales sean eficaz y enérgicamente cumplimentados por las autoridades de carácter administrativo.

Correcciones disciplinarias

Las correcciones disciplinarias constituyen, también, un ejemplo de la potestad, del imperio, del tribunal; sólo que esta potestad o este imperio, en materia de la corrección disciplinaria, tiene un objetivo distinto de aquel que se persigue con el medio de apremio. Si en el medio de apremio la finalidad consiste en que las resoluciones del tribunal se cumplan, aun en contra de la voluntad de los obligados, en la corrección disciplinaria la consecución del objetivo radica en mantener el buen orden y en hacer que los litigantes, que los terceros, que inclusive cualquier particular o los mismos subordinados, le guarden al titular del órgano jurisdiccional el respeto

⁴⁸⁴ Art. 73.

y la consideración que un funcionario de su categoría y de su jerarquía merece. Por ello, entonces, la corrección disciplinaria es una medida adoptada por el tribunal cuando algún litigante, tercero o subordinado asume actitudes que implican el rompimiento del buen orden que debe prevalecer en el desarrollo de las actuaciones judiciales o que quebranta el respeto y la consideración al tribunal, a sus titulares o bien el respeto y la consideración que han de guardarse y tenerse entre sí las partes o los particulares que asisten a algún tipo de diligencia judicial. La legislación procesal civil del Distrito Federal también contempla y reglamenta las correcciones disciplinarias,⁴⁸⁵ disponiendo que los jueces y magistrados están obligados a mantener el buen orden y exigir que se les guarde el respeto y la consideración debidos, para lo que deberán corregir en el acto las faltas que se cometieren con multas, las cuales varían sus montos de acuerdo con la jerarquía del tribunal. Los jueces y magistrados también pueden emplear el auxilio de la fuerza pública, si el buen orden se quebranta o cuando no se les guarden las consideraciones y el respeto debidos. Además, pueden hacer uso de apercibimientos, amonestaciones, multas y suspensiones que no excedan de un mes contra sus subalternos, así como el arresto hasta por seis horas a los que se resistan a cumplir la orden de expulsión.

En este aspecto de las correcciones disciplinarias también es muy conveniente dejar asentado que su eficacia y su estricto cumplimiento y aplicación por quien deba hacerlo constituyen una garantía de que la majestad del tribunal y de sus miembros no se verá alterada por actitudes groseras, irrespetuosas o irreverentes de los litigantes, de las partes o de los terceros que asisten a diligencias judiciales. El propio código⁴⁸⁶ da la posibilidad a la persona a quien se le haya impuesto una corrección disciplinaria de pedir al juez que la oiga en justicia, en relación con la corrección disciplinaria que se le haya impuesto; el juez deberá oír a esa persona, dentro del tercer día en que le solicite tal audiencia y en ella misma resolverá lo conducente.

Si bien las leyes se han referido de forma especial a las correcciones disciplinarias como aquellas medidas correctivas que puede tomar el tribunal contra el personal subordinado por faltas en el desempeño de las actividades propias de dicho personal, lo cierto es que, a nuestro parecer, la corrección disciplinaria no solamente se enfoca en aquellos auxiliares dependientes del tribunal, sino también en las partes o terceros ajenos a la relación sustancial. En otras palabras, independientemente de que está reglamentada de modo especial la manera o procedimiento para la imposición de correcciones disciplinarias a los servidores judiciales,⁴⁸⁷ de todos modos nosotros pensamos que las partes, los abogados y los terceros también son

⁴⁸⁵ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, arts. 61-62.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, art. 63.

⁴⁸⁷ Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, arts. 291-296 y 302-306. Adviértase que a partir de la creación del Consejo de la Judicatura, las facultades para aplicar correcciones

sujetos susceptibles de disciplinarse o de ser disciplinados a la potestad del juez, para que éste pueda conservar, como lo hemos dicho, el buen orden en el tribunal y hacer que se le tengan el respeto y la consideración debidos por todos aquellos que, por cualquier razón o circunstancia, asistan al tribunal, estén en él o trabajen en el mismo.

Vía de apremio

En materia de ejecución civil, "la vía de apremio comprende concretamente, lo relativo a ejecución de sentencias, embargos y remates".⁴⁸⁸ En otras palabras, la ejecución en materia civil, y referida a los aspectos meramente patrimoniales, se lleva a cabo mediante una serie de procedimientos que hacen posible la satisfacción de las pretensiones y de los derechos derivados de una sentencia en favor de quien ha vencido en el pleito. Presupone este conjunto de procedimientos que haya, también, resistencia al cumplimiento voluntario de lo ordenado por el juez. Es decir, si el obligado por una sentencia cumple voluntariamente con lo que el tribunal le ha ordenado, no habrá motivo para echar a andar la maquinaria de la vía de apremio; pero si, por el contrario, dicho obligado no cumple voluntariamente con lo que el tribunal le ha ordenado, entonces estará en posibilidad de hacer que esta maquinaria estatal de la vía de apremio funcione; por ello, el primer aspecto importante de esta vía de apremio es que se trate de una sentencia ejecutoriada, es decir, que se considere ya como firme y definitiva y no sujeta a impugnación. Claro que cabe en materia civil la ejecución también sobre personas, por ejemplo, cuando se ordena que una persona sea entregada. Tal es el supuesto de los hijos que deben ser entregados al padre que el tribunal ordene.⁴⁸⁹

Si la sentencia, pues, no es cumplida voluntariamente por el condenado y en ella se ordena un pago, entonces, al no satisfacerse éste por el obligado, se procede a realizar el embargo, que es un procedimiento cautelar inicial de una verdadera expropiación de carácter judicial. El embargo, o secuestro judicial, consiste en afectar determinados bienes del patrimonio de un deudor, y tal afectación implica que desde el momento del embargo dichos bienes sufren o resisten una situación de limitación para el propietario en cuanto a su disfrute y libre disposición. El fin normal del secuestro o embargo es que los bienes afectados sean sacados a remate, que no

disciplinarias a los titulares de los órganos judiciales, así como al demás personal judicial, le corresponden a este nuevo órgano.

⁴⁸⁸ Cipriano Gómez Lara, *Estudio comparativo de los juicios ejecutivo mercantil y civil*, UNAM, México, 1955, p. 65.

⁴⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, art. 526.

es sino una venta pública, y que con el producto se haga pago al acreedor de lo que el deudor condenado por la sentencia no le pagó voluntariamente, ya sea porque no pudo o no quiso hacerlo. Por tanto, todas las reglas, en determinados regímenes procesales, relativas al procedimiento para los embargos y al procedimiento para los remates, o sea, para esas ventas públicas de los bienes embargados y, finalmente, a la aplicación del producto de los remates para satisfacer las pretensiones de los acreedores que han obtenido sentencias favorables, constituyen la vía de apremio, la cual está rigurosamente reglamentada en los distintos ordenamientos procesales y que desde luego será materia de análisis en los diversos cursos de derecho procesal sustantivo, en los que se traten las cuestiones relativas a la ejecución patrimonial de las sentencias.

Ejecución de penas

Debemos concluir esta breve referencia a la ejecución procesal con un pequeño comentario sobre la ejecución de penas. En el proceso penal, una vez emitida la sentencia, hay posibilidad de ejecutar ésta, haciendo efectivas las sanciones derivadas de la propia sentencia penal. En la mayoría de los casos, esta pena consiste en una privación de libertad; sin embargo, es bien sabido que la sanción penal puede llegar hasta el extremo de ordenar que se prive de la vida al delincuente. Otras medidas de menor rigor para el sentenciado penal pueden ser no precisamente de privación de libertad, sino sólo privación de determinados derechos políticos o de otro tipo, de la prohibición de dirigirse a determinado lugar, etc. Sin embargo, si en el campo de la ejecución civil, sobre todo de carácter patrimonial, se discute el carácter procesal de la misma, no consideramos que en materia de ejecución penal se pueda sostener su carácter procesal. En efecto, existe todo un sector del derecho que pregonaba que la ejecución es una consecuencia ulterior del proceso penal mismo. Si se trata de los diversos aspectos de privación de la libertad, estamos en el amplísimo, muy interesante y novedoso campo del derecho penitenciario. En el derecho penitenciario, que es un derecho verdaderamente ejecutivo penal, se estudian, se analizan y se reglamentan todas las cuestiones relativas a la ejecución de estas penas de privación de libertad por parte de los procesados sentenciados a cumplirlas. Antes de concluir esta muy breve reflexión, debemos insistir en la circunstancia de que, contrariamente a lo que sucede en el proceso civil, en el cual sólo la resistencia del sujeto obligado abre la ejecución, la resistencia en la ejecución del proceso penal es irrelevante para la ejecución misma de la sentencia penal. Ésta debe cumplirse, debe ejecutarse, privando de la libertad al sentenciado con total independencia de que tal sentenciado, obligado a cumplir la sentencia, esté anuente a ella o no lo esté.

Cuadro 61.1. Consecuencias de las sentencias.

