INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

TOMO III

DERECHO PROCESAL

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TOMO III

DERECHO PROCESAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Serie E. VARIOS. Núm. 44

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TOMO III

DERECHO PROCESAL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México, 1988

Primera edición: 1988

DR © 1988, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 094519 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Impreso y hecho en México

ISBN 968-837-548-9 (Obra completa)
968-837-554-3 (Tomo III)

CONTENIDO

Reflexiones sobre la posible integración de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje al Poder Judicial Federal.
Miguel Acosta Romero 1575

Palingenesia del título "De todos los juicios" (I,12) de las sentencias de Paulo.
Jorge Adame Goddard 1605

O mandado de segurança como garantia constitucional, no direito brasileiro.
Arruda Alvim 1627

Fix-Zamudio y su aportación al Derecho Procesal del Trabajo.
Santiago Barajas Montes de Oca 1637

La igualdad de las partes en el proceso civil.
José Carlos Barbosa Moreira. 1647

Wiederkehr der Eventualmaxime?
Fritz Baur. 1661

Preclusión, caducidad y prescripción.
José Becerra Bautista 1667

Dos Atos Processuais.
Marcos Alfonso Borges 1681

El Ministerio Público y la tutela de los intereses familiares.
Ingrid Brena 1687

Situación actual del Derecho de Amparo en Venezuela.
Allan R. Brewer-Carías 1703

Los primeros diez años de la Suprema Corte de Justicia de México (1825-1835).
Lucio Cabrera Acevedo 1761

La "Política del Diritto" de Calamandrei: coerenza e attualità de un magistero.
Mauro Cappelletti. 1773

La figura del voto particular en la Jurisdicción Constitucional española.
José Luis Cascajo Castro. 1787

Perfil de la suspensión en amparo como providencia cautelar.
Juventino V. Castro 1803

Tutela de los derechos humanos en Jamaica.
Krystian Complak. 1833

La jurisdicción de contenido social en México.
José Ramón Cossío D. 1847

Il Ruolo del Giudice nel Processo Civile (Rilievi de deritto comporato).
Vittorio Denti 1875

Legitimación procesal y medio ambiente.
José Roberto Dromi 1889

El nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá.
Jorge Fabrega P. 1915

Professionalità e Responsabilità del Giudice nella Esperienza italiana contemporanea.
Alessandro Giuliani-Nicola Picardi 1939

Pensamiento procesal del doctor Adolfo Maldonado —su expresión en 1934.
Cipriano Gómez Lara. 1981

La Jurisprudencia como sentencia judicial.
Enrique Guadarrama López 2001

Les Juges en Suisse.
Walther J. Habscheid 2033

Appeal, Cassation, Amporo and all that: What and Why?
J. A. Jolowicz. 2045

La jurisdicción constitucional.
Rafael Márquez Piñero 2075

A Eficácia do meio de prova ilícito no Codigo de Processo Civil Brasileiro.
Alcides de Mendoça Lima 2161

Potestad, órgano y función jurisdiccionales (un ensayo contra "administración de justicia").
Juan Montero Aroca 2167

Estado actual y nuevos horizontes del amparo en la Argentina. (Hacia una síntesis Iberoamericana).
Augusto Mario Morello 2201

Judicial Review of Administrative Proctice en the Federal District of Mexico.
Oliver Oldman. 2215

Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica.
Eduardo Ortiz Ortiz 2221

Mandado de segurança: meio século de aplicação.
J. M. Othon Sidou 2261

La crítica de la ilustración al sistema de la prueba legal.
José Ovalle Favela 2295

El control judicial durante las emergencias en la República Argentina.
Miguel M. Padilla 2307

Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. (A Lei brasileira Nº 7, 347 de 24 de Julho de 1985).
Ada Pellegrini Grinover 2327

La tutela de derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.
Antonio-Enrique Pérez Luna 2345

Crónica de un error: el recurso previo de incostitucionalidad contra leyes orgánicas.
Javier Pérez Royo. 2371

Selección, nombramiento y garantías de los jueces federales en México.
Norma Lucía Peña Hernández 2403

Características generales del Derecho Procesal Agrario mexicano.
Luis M. Ponce de León Armenta 2427

El *Ombusdman*, instrumento de control del principio de legalidad y moralizador de la administración pública federal.
Federico Quintana Aceves 2465

Das Beweismaß im Zevilprozeß.
Karl Heinz Schwab 2475

Un proyecto para garantizar el acceso a la justicia.
Diego Valadés. 2489

Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como Investigador de las Ciencias Jurídicas. Tomo III, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, se terminó de imprimir el día 9 de septiembre de 1988, en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ. La edición consta de 2 000 ejemplares.

PRESENTACIÓN

En octubre de 1986, el doctor Héctor Fix-Zamudio cumplió treinta años como investigador universitario. Este acontecimiento dio lugar a que el Consejo Interno del Instituto de Investigaciones Jurídicas promoviera tres diferentes iniciativas: la primera, proponer al Consejo Universitario la designación de Fix-Zamudio como investigador emérito; la segunda, la realización de un ciclo de mesas redondas en homenaje al maestro, y la tercera, la promoción de una obra de homenaje que recogería las ponencias presentadas en las mesas redondas y muchos ensayos y artículos más, nacionales e internacionales, que no fueron leídos en esos actos académicos.

Originalmente pensamos que la obra en homenaje podría aparecer durante 1987; pero la enorme y magnífica respuesta que el Comité Editorial recibió, ante la invitación de que se escribieran artículos para esta colección, hubo de retrasar su aparición.

Hoy, es particularmente grato ponerla en manos de sus lectores. La obra en homenaje está dividida en tres volúmenes. El volumen I recoge treinta y cinco trabajos de algunos de los más destacados constitucionalistas de nuestro tiempo. En ellos se condensa la tendencia actual del constitucionalismo americano y europeo, así como el pensamiento y aspiraciones políticas de nuestros pueblos.

El volumen II, dedicado al derecho comparado, incluye veinte trabajos que reflejan una bastísima y enriquecedora variedad temática.

Finalmente, el volumen III, compuesto por treinta y cinco artículos, se dedica al derecho procesal y, en forma por demás importante, a tópicos relativos al juicio de amparo, a la protección de los derechos humanos y al órgano judicial.

La división temática de la obra no es caprichosa. El Comité Editorial que la preparó coincidió en que eran estas tres ramas del derecho: constitucional, comparado y procesal, las que con más intensidad había abordado el homenajeado, las que mejor reflejaban su vocación jurídica y las que más se habían beneficiado con las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio.

Quiero aprovechar este espacio para dejar testimonio de gratitud a los noventa autores que han hecho posible esta obra. Su pródiga respuesta habla por sí sola del afecto y admiración que sienten todos por el doctor Héctor Fix-Zamudio. Los noventa trabajos tienen una extraordinaria calidad académica y reflejan, con nitidez, las grandes preocupaciones jurídicas de nuestro tiempo.

El 24 de octubre de 1986, al clausurarse el ciclo de mesas redondas en homenaje al doctor Fix-Zamudio, tuve la oportunidad de dirigir un mensaje en el que quedaron vertidos mis conceptos sobre el homenajeado. Siendo tales conceptos y sentimientos invariables, he decidido ahora repetirlos: Hoy se cumplen 30 años de que el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma de México recibiera en su seno a Héctor Fix-Zamudio para dar inicio a una de las más importantes, brillantes y hermosas carreras en la investigación científica de las que puede dar cuenta la historia moderna de nuestra casa de estudios.

Después de tres décadas de labranza, el maestro recibe la cosecha: cosecha que encierra la esencia misma de la universidad, cosecha que se hace simiente y otra vez cosecha y otra vez simiente.

Jurista excelente, exhibe un criterio agudo y penetrante, capaz para el diagnóstico más fino y la proposición enriquecedora e imaginativa.

Investigador infatigable, inquieto, verdaderamente original; sus aportaciones para el estudio del juicio de amparo, del derecho procesal, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho administrativo, el laboral, los derechos humanos, la metodología de la investigación y la enseñanza del derecho, son verdaderamente sobresalientes en México y en el extranjero.

Autor pródigo y poseedor de una pluma delicada y profunda: ahí están sus siete libros, tres monografías, más de cien artículos de investigación original publicados en revistas especializadas nacionales e internacionales; diecinueve traducciones; infinidad de ponencias en congresos celebrados en distintas partes del mundo; incontables trabajos de divulgación.

Maestro de esos que se escriben con mayúscula: en la serenidad de su magisterio se explica su lucidez y su penetración; reposado y preciso, sin aspavientos y exabruptos ha sabido comunicar a sus discípulos el enorme caudal de sus conocimientos. Catedrático de garantías y amparo, derecho comparado, problemas procesales del derecho privado, defensa jurídica de los particulares frente a la administración y teoría del proceso laboral.

Universitario ejemplar: por doce años dirigió al Instituto de Investigaciones Jurídicas; desde esta posición ha formado a uno de los más grandes contingentes de investigadores para la ciencia del derecho. Siempre dispuesto y amable, atinado y sugerente nos ha conducido con la suavidad de su trato, casi sin sentir, por los muy frecuentemente intrincados caminos de la investigación jurídica. Como miembro de la Junta de Gobierno de la Universidad, es depositario de una de las responsabilidades más elevadas de esta casa de estudios que cumple todos los días con energía y disciplina a la luz de toda su comunidad.

Sólo su pasión por la Universidad le hizo variar el rumbo de la vida en la judicatura, de la que se apartó para entregarse todo a la investigación, como si fuera una fuerza incontrolable y todopoderosa. Sus altos méritos científicos le llevaron, recientemente, a su nombramiento como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actividad compatible e inherente a su trabajo intelectual en nuestra institución.

El maestro Fix ha recibido algunas de las distinciones más importantes que nuestro país otorga: premio de la Academia de la Investigación Científica en 1963; miembro de El Colegio Nacional en 1974; Premio Nacional de Historia, Filosofía y Ciencias Sociales en 1982. La trascendencia internacional de su trabajo le ha valido el otorgamiento del doctorado honoris causa *de la Universidad de Sevilla y profesor honorario de la Universidad Mayor de San Marcos, de Lima, Perú.*

Junto a tan elevados reconocimientos, el homenaje que hoy le tributa a usted su instituto, querido maestro, resulta insignificante. Sin embargo, quiero expresarle que lo hemos preparado con profundo cariño, como respuesta a ese mismo cariño con el que usted siempre nos ha tratado; es ciertamente modesto y sencillo, con la misma modestia y sencillez que usted encarna y que nos ha enseñado; es institucional, como siempre ha sido su conducta de universitario; es académico, como académica es toda la sangre que fluye por sus venas; es unánime porque en este instituto todos somos de una manera u otra producto de su hechura; porque Investigaciones Jurídicas sería inexplicable sin usted.

Reciba este homenaje, maestro, como expresión de nuestra gratitud y muestra de reconocimiento; recíbalo de sus discípulos y sus amigos; recíbalo aunque su modestia ejemplar lo quiera detener; recíbalo con el afecto y admiración con el que se lo entregamos.

JORGE MADRAZO

REFLEXIONES SOBRE LA POSIBLE INTEGRACIÓN DE LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE Y TRIBUNAL FEDERAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE AL PODER JUDICIAL FEDERAL

Miguel ACOSTA ROMERO *

I. ORIGEN DE LAS JUNTAS

1. *Antecedentes extranjeros*

En Francia, con motivo de la visita a Lyon del Emperador Napoleón I, se instalaron lo que se conoció como los consejos de prohombres.

Los *Conseils de prud'hommes*, eran verdaderos tribunales industriales, de carácter predominantemente conciliatorio, regulados en la Ley de marzo de 1806, cuyas disposiciones aún perduran en el Código de Trabajo Francés.[1]

* Doctor en derecho; catedrático universitario autor de varias obras de derecho; Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

[1] "Los principales artículos, de los 35 que componen la ley, expresan:

Título 1º, Artículo 1º: Será establecido en Lyon un consejo de prohombres compuesto de nueve miembros, de los cuales cinco negociantes-fabricantes, y cuatro jefes de taller;

Artículo 2º: Un reglamento de administración pública determinará la forma de designación;

Artículo 3º: Los negociantes-fabricantes no podrán ser electos si no ejercen desde 6 años o si han quebrado;

Los jefes de taller no podrán ser electos prohombres si no saben leer y escribir, si no tienen por lo menos 6 años de ejercicio o si son detentadores de materias dadas para el empleo de los obreros;

Artículo 4º: El consejo de prohombres se renovará por tercera parte cada año el primer día del mes de enero, 3 miembros, de los cuales un negociante-fabricante y dos jefes de taller serán renovados el primer año;

Artículo 5º: Los miembros del consejo de prohombres serán reelectos;

El título segundo comprende tres secciones, interesándonos la primera que versa sobre la conciliación y la sentencia en las cuestiones entre fabricantes, obreros, jefes de taller, compañeros y aprendices;

Artículo 6º: El consejo de prohombres se crea para terminar por vía de conciliación, las pequeñas cuestiones que se plantean a diario, o sea entre fabricantes y obreros, sea entre jefes de taller y campañeros o aprendices;

Los consejos de prudentes funcionaban como oficina de conciliación y como tribunal de decisión. El procedimiento era oral y sencillo. Si en la primera etapa no se llegaba a un acuerdo conciliatorio, el conflicto pasaba al tribunal de decisión, cuyos fallos podían ser impugnados mediante los recursos del derecho común, de acuerdo con la cuantía.

Estos consejos fueron regulados en el inicio del siglo por la Ley de 27 de marzo de 1907, siendo modificados más tarde (15 de noviembre de 1908), para que las mujeres tuvieran acceso a ellos. Estas tendencias finalmente fueron consagradas en el *Code du travail* de 28 de diciembre de 1910.[2]

Está igualmente autorizado para juzgar hasta 60 francos, sin forma ni gastos de porcedimiento, y sin apelación, los conflictos cuya conciliación había fracasado;

Artículo 7º: Diariamente funcionará desde las 11 horas hasta la una de la tarde una oficina de conciliación compuesta por el prohombre fabricante y un prohombre jefe de taller, ante quienes presentarán las personas en litigio;

Artículo 8º: La oficina general o Consejo de prohombres se reunirá una vez por semana y dictaminará en número de 5 por lo menos, conforme lo expuesto en el artículo anterior, sobre todas las diferencias que le son permitidas por la oficina de conciliación;

Artículo 9º: Todo conflicto no conciliado y que comprenda una suma superior de 60 francos, se elevará ante el tribunal de comercio o ante los tribunales competentes;

La sección segunda faculta al consejo de prohombres para constatar las contravensiones a las leyes y reglamentos (artículo 10); las actas de tales constancias y los objetos secuestrados se remiten a los tribunales competentes (artículo 11) el consejo intervendrá en los actos de sustracción de mercaderías (artículo 12); podrán visitar las fábricas y levantar actas (artículo 13);

La sección tercera encomienda al consejo la tarea de registrar la propiedad de los dibujos (artículo 14); la propiedad de un dibujo se deposita en los archivos, inscribe en un registro y entrega al interesado un certificado (artículos 15 y 16); en caso de conflicto entre dos o más fabricantes sobre la propiedad de un dibujo el consejo extiende un certificado determinando la prioridad (artículo 17); el título tercero fija el procedimiento para que los jefes de taller soliciten del consejo de prohombres un doble juego de libros en donde consten los nombres, apellidos y domicilios de los mismos (artículos 20 al 28);

En el último título, el cuarto, legisla sobre disposiciones varias. Por el artículo 29 el consejo de prohombres llevará un registro exacto del número de los oficios exigentes y del número de obreros empleados en la fábrica; los prohombres inspeccionarán las fábricas para recoger las informaciones necesarias; las funciones de los prohombres negociantes-fabricantes se desempeñarán gratuitamente, y los prohombres no podrán reclamar de las partes, otros gastos que el reembolso del papel y estampillado; podrá establecerse por medio de un reglamento de administración pública, deliberado en el Consejo de Estado, un consejo de prohombres en aquellas ciudades con fábricas, en donde el gobierno lo considerase conveniente, su composición podrá variar, pero las atribuciones serán las mismas (artículos 29 al 35)".

(Tomado de DESMARAS R., Carlos, *La organización de los tribunales del trabajo en Francia. Antecedentes para la Argentina*, Santa Fe, República de Argentina, 1941, pp. 19-21).

[2] Menéndez-Pidal, Juan, *Derecho procesal social*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, p. 16.

El título 1o. del libro IV del Código de Trabajo de Francia, abarca la jurisdicción de los consejos de prohombres, y se dispone en el artículo 1o. que estos organismos están constituidos para finalizar por vía de conciliación, las controversias que se susciten con motivo del contrato de trabajo en el comercio, la industria y la agricultura, entre patronos o sus representantes y los empleados, obreros y aprendices que empleen, sin distinguir sexo.[3]

El consejo es incompetente para conocer de accidentes de trabajo, cosa por demás criticable.

Para la creación de los consejos de prohombres, el Poder Ejecutivo consulta a las cámaras de Comercio, Artes y Manufacturas y a los concejos municipales radicados en la jurisdicción del consejo a crearse (artículo 2). Con los informes obtenidos, la propuesta pasa al Poder Ejecutivo por el ministro de Justicia del Trabajo y de Agricultura, y dicta el decreto en forma de reglamento de la administración pública. Así, el Poder Ejecutivo tiene amplias facultades para crear el consejo, independientemente del resultado de los informes.[4]

En un segundo caso, la situación es diferente, para la creación de un consejo se requiere que la iniciativa parta del concejo municipal de la comuna (artículo 3), en donde habrá de radicarse el consejo de prohombres, y además deberá contar con el acuerdo favorable de las cámaras enunciadas anteriormente, del consejo general del departamento, o sea de una provincia, de los consejos de distrito de la jurisdicción indicada y de la mayoría de los concejos municipales de las comunas que integrarán la circunscripción que se planea.

"Cumplidos tales requisitos, el Poder Ejecutivo tiene la obligación de crear el consejo de prohombres. Es una creación de derecho." [5]

Por otra parte, en Bélgica, bajo la influencia de la legislación francesa, a través de la Ley del 9 de abril de 1847, se crearon consejos para todo el país que, en cierta forma, siguen la estructura de los consejos de los prudentes franceses, para prevenir los conflictos individuales del trabajo y procurar un arreglo amistoso.

No obstante, a diferencia de la organización francesa, en donde los integrantes, debido a que desconocen las leyes, tienen que acudir a abogados de confianza para poder dilucidar aquellas cuestiones que requieren conocimientos jurídicos; en Bélgica, el rey designa en cada

[3] Desmarás R. Carlos, *La organización de los tribunales del trabajo en Francia*, *op. cit.*, p. 30.
[4] *Op. cit.*, p. 31.
[5] *Ibidem.*

cámara un asesor jurídico, doctor en leyes, de nacionalidad belga y de 25 años de edad por lo menos, para que decida el punto en litigio.

En sí, en Bélgica, los consejos de prohombres están integrados también por representantes patronales y asalariados, divididos en dos cámaras o secciones, una para obreros y otra para empleados; cada una dispone de un asesor jurídico propuesto por el rey.[6] Este asesor tiene voz y voto sólo en caso de empate.

> Vemos aquí una doble función, condicionada a la circunstancia del número de jueces que decidan el pleito. Si fallan en mayoría, el asesor jurídico es sólo un elemento de consulta y realiza las tareas que el código le fija; pero si por el contrario la opinión de los consejeros se halla dividida en número igual, entonces el asesor es asimilado a un prohombre, pues vota y decide el punto en litigio (artículo 54 del Código de Trabajo Belga).[7]

Asimismo, el asesor jurídico, que únicamente existe en Bélgica, interviene en las audiencias, formula preguntas y los consejeros admiten esta intromisión (el presidente del consejo debe dirigir el debate), porque ellos no tienen conocimiento de las leyes, y por razones de rapidez y conveniencia, dejan actuar al asesor.[8]

En la etapa en que se va a dictar sentencia, los consejeros abandonan la sala general, y pasan a una habitación contigua para resolver el conflicto, en tanto las partes y el público esperan en la sala de audiencias. El asesor jurídico es el encargado de redactar la sentencia que luego firma el presidente (artículos 26, 42, 54 y 76 del Código de Trabajo).[9]

En Suiza, los consejos de prohombres nacen para la Ley de 30 de octubre de 1883, dictada en el cantón de Ginebra, el cual posee una organización muy similar a la francesa.

En Ginebra, en lugar de presidente y vicepresidente, se encuentra un presidente y un secretario que se turnan lo mismo que en Francia; si la presidencia corresponde al consejero obrero o empleado, la secretaría será desempeñada por el consejero patronal o viceversa.[10]

Se observan en Ginebra las dificultades que enunciamos en Francia

[6] *Op. cit.*, p. 35.
[7] *Ibidem.*
[8] *Ibidem.*
[9] *Op. cit.*, pp. 36 y 36.
[10] *Op. cit.*, p. 36.

y Bélgica, en relación con el desconocimiento de las leyes por los consejeros.[11]

En Portugal, la Ley de 14 de agosto de 1889 da origen a los consejos.

En Austria, surgen los tribunales industriales por la Ley de 27 de noviembre de 1896.

Posteriormente nacen en Alemania, cuya organización es muy similar a la brasileña, y también se establecen en Grecia, Noruega, Dinamarca, etcétera.

En Italia, la Ley de 15 de junio de 1893 les dio vida con la denominación de colegios de *probi-viri*.[12] Conocían principalmente de las diferencias obrero-patronales individuales y accidentalmente de las colectivas.

En España, en el año de 1908 se expidió la primera ley que establece los tribunales industriales, para conocer de los conflictos individuales. El Código de Trabajo de 1926 les otorgó competencia para resolver los conflictos de cuantía menor, ya que, en realidad, las controversias colectivas de trabajo eran resueltas por los Consejos de Conciliación y Arbitraje.

Las colonias inglesas, también integran sus tribunales industriales; en 1894, en Canadá; en 1908, en Australia (Nueva Gales del Sur), llamados *Industrial Court*.[13] En este último país, se crearon mediante una legislación especial tres órganos, a saber: los comisarios conciliadores, las comisiones de conciliación y el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

> Las comisiones de conciliación se componen de un número igual de los representantes de los trabajadores y de los patronos y están presididas por un comisario conciliador. Conocen de los conflictos en vía de conciliación y son organismos de estudio y prevención de las controversias, si bien constituyen una instancia voluntaria.[14]

Los comisarios conciliadores son tres, quienes se encargan de las disputas encomendadas para tal efecto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje.[15]

Por último, el tribunal mencionado se constituye por dos o cuatro

[11] *Ibidem.*

[12] Menéndez, Pidal, Juan, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

[13] *Ibidem.*

[14] De la Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 7a. Edición., México, tomo II, Editorial Porrúa, S. A. 1966, pp. 900 y 901.

[15] *Ibidem.*

jueces designados por el Ejecutivo y presidido por un miembro de la Corte Suprema; todos ellos son inamovibles. El arbitraje es obligatorio y las resoluciones del tribunal tienen la característica de cosa juzgada.[16]

En América se crean órganos jurisdiccionales de trabajo, como el Consejo de Arbitraje de Estado, establecido en California el 2 de agosto de 1895, y la Ley de Nueva York de 18 de mayo de 1886 somete a arbitraje las disputas obrero-patronales.[17]

2. *Antecedentes nacionales*

El primer antecedente se localiza en el *Proyecto de Ley de Reformas a las Fracciones VII y XXII del Artículo 73 y al Artículo 309 del Código de Comercio,* presentado el 17 de septiembre de 1913 a la Cámara de Diputados.[18]

En dicho proyecto estaban previstas ya las juntas, compuestas de diez miembros, nombrados la mitad por los patrones y la otra mitad por los trabajadores, renovándose cada año.

Estas juntas u organismos paritarios estaban facultadas para fijar los salarios mínimos y para resolver todas las diferencias que se suscitaren entre patrones y trabajadores, ya sea por la inteligencia y cumplimiento de los contratos, ya por cualquier otro motivo.

Además, "las resoluciones de las juntas tendrán siempre el carácter de sentencias arbitrales y no admitirán más recurso que el de responsabilidad, en caso de que hubiera habido cohecho o soborno" (artículo 12).

Un segundo antecedente se encuentra en el Decreto número 11, promulgado por el general Cándido Aguilar y publicado el 29 de octubre de 1914. En su artículo 12 se establecen las Juntas de Administración Civil, competentes para resolver las controversias entre patrones y obreros.[19]

Siguiendo al autor citado, el tercer antecedente se encuentra en el *Proyecto de Ley del Salario Mínimo y de las Juntas de Avenencia,* presentado al C. jefe de la Revolución por la Sección de Legislación Social, compuesta por José Natividad Macías, Luis Manuel Rojas y coordinado por el ingeniero Félix Palavicini, publicado en el periódico *El Pueblo,* el 28 de enero de 1915.

[16] *Ibidem.*

[17] Menéndez Pidal, Juan, *op. cit.,* p. 17.

[18] Remolina Roqueñi, Felipe, *El artículo 123,* México, Ediciones del V Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 1974, p. XLVII.

[19] *Ibidem.*

Conforme al artículo segundo del decreto, se establecerían en los estados, Distrito Federal y territorios de la República, una "Junta de Aveniencia", para cada giro o industria que determinara la Secretaría de Fomento. Estarían integradas por cinco miembros propietarios y dos suplentes nombrados por los principales, e igual número por los trabajadores.

Las juntas de aveniencia estaban facultadas para fijar el salario mínimo en el giro o industria de que se tratara y asimismo intervendrían como mediadores en los conflictos que surgieran entre patrones y trabajadores (artículo 3o.).

Las decisiones de las juntas, referentes al salario mínimo o en aquellos asuntos en que funcionaran como árbitros, serían obligatorias e inimpugnables (artículo 4o.).

El cuarto antecedente descansa en el *Decreto 59 de Salvador Alvarado, que establece el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje*, publicado en el *Diario Oficial* del gobierno constitucionalista del estado de Yucatán de 17 de mayo de 1915.

Para solucionar los conflictos entre el capital y el trabajo, se establece con el carácter de permanente un Consejo de Conciliación y Comité de Arbitraje (artículo 1o.).

El mencionado organismo se compondría de cuatro miembros de planta y dos accidentales (artículo 2o.).

Asimismo, el Ejecutivo del Estado nombraría un árbitro con el carácter de permanente que ejercería las funciones de tercero en discordia, para el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo (artículo 5o.). Dado que el Ejecutivo del Estado es el que designa al árbitro, aquí la integración del consejo es materialmente administrativa. Sin embargo, la naturaleza jurisdiccional de dicha autoridad también empieza a bosquejarse.

La sentencia que dictase el Consejo o el tercero en discordia, surtiría los efectos de un convenio formalmente celebrado (artículo 10).

El quinto antecedente lo encontramos en la *Ley del Trabajo de Salvador Alvarado*, publicada en el *Diario Oficial* del gobierno constitucionalista del estado de Yucatán, de 15 de diciembre de 1915 y que derogó el Decreto 59 anteriormente enunciado.

En la Exposición de Motivos se hace hincapié en la bondad, prontitud y eficacia del Consejo de Conciliación y Tribunal de Arbitraje; por ello se traslada a esta Ley del Trabajo, perfeccionando su funcionamiento, "dándole atribuciones para resolver todos los conflictos obreros que se susciten y estableciendo un procedimiento que se caracterice por

su brevedad y prontitud, porque la naturaleza de las cuestiones que han de ventilarse y la urgencia que para el obrero tiene la solución de sus conflictos, así lo reclaman".

También se pondera la necesidad indeclinable de establecer tribunales industriales que resuelvan inmediatamente los conflictos obrero-patronales, sin la lentitud exasperante de los juicios ordinarios.

De este modo, en el artículo 25 de la propia ley, se indica que estas Juntas de Conciliación y el Tribunal de Arbitraje, se encargarán de aplicar las leyes de trabajo en toda su extensión, aduciéndose que: "Esta organización, en esencia constituye un poder independiente de manera que el trabajo y el capital ajusten sus diferencias automáticamente, buscando siempre la forma más justa para ambos, sin acudir a las huelgas que siempre son nocivas para los intereses de todos."

Las juntas se fundaron en cinco distritos industriales; en el Distrito de Mérida se formaba por cuatro miembros propietarios y cuatro suplentes; cada sector designaba dos propietarios y dos suplentes. En cambio, en los otros distritos, estaban formadas por un representante de cada parte y sus suplentes.

La ley señalaba en el artículo 39 que, si no llegaban a ningún acuerdo las partes, el expediente se remitiría al Tribunal de Arbitraje, el cual la ley lo invistió de poder para resolver en última instancia los asuntos que le fueran presentados, con excepción del caso en que tuviera que ir más allá de lo prescrito por la ley (artículo 44).

El Tribunal de Arbitraje estaría formado por tres miembros: un representante de los trabajadores, electo por todas las "uniones" de trabajadores del Estado; un representante de los patrones electo por todas las "uniones" y patronos del Estado, y un juez presidente que estaría nombrado por las "Juntas de Conciliación" que se reunirían en Mérida una vez al año en la última decena del mes de diciembre. Si en dicha reunión no se llegara a ningún acuerdo sobre este nombramiento, el Ejecutivo del Estado lo designaría (artículo 45).

El Tribunal de Arbitraje poseería las más amplias facultades para conocer de las discordias que se le presentaran, podría citar a los testigos y obligarlos a declarar bajo pena de multa.

> Podrá entrar libremente en todos los establecimientos, fábricas, barcos y demás lugares en donde se ejerza una industria, se ejecuta algún trabajo, o se haga o se haya hecho algo que haya motivado una demanda ante la "Junta de Conciliación" o el "Tribunal de Arbitraje". Puede también hacer que se le pongan de manifiesto los libros, documentos, papeles y escritos relativos al asunto

que las partes puedan retener o de que puedan poseer testimonios. (Artículo 48.)

El plazo que debía transcurrir, desde que el Tribunal admitía la demanda hasta el fallo final, no podía ser mayor de 30 días (artículo 50).

Por último, en lo que atañe al articulado relativo al funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Tribunal de Arbitraje, el artículo 53 ordenó que:

> Los fallos del "tribunal de arbitraje" dictados con fuerza de "convenio industrial" son aplicables y obligatorios también para los patronos y para las "uniones industriales" que comiencen sus trabajos o que se organicen estando un fallo en vigor, exceptuando los casos en que los fallos hayan sido expresamente limitados a un "distrito industrial" distinto de aquel en que funcionen los nuevos patronos y "uniones industriales".

El sexto antecedente es la *Ley del Trabajo del Estado de Jalisco*, decreto número 96 del gobernador Manuel Aguirre Berlanga, de 28 de diciembre de 1915. En los considerandos se prevé la creación de juntas municipales, mineras, agrícolas e industriales, que velarían por el cumplimiento de esta ley; presididas por los presidentes municipales y constituidas por tres representantes patronales y tres de los trabajadores.

Todas las cuestiones suscitadas ante las juntas se estudiarían y resolverían en una sola audiencia, desahogando todas las pruebas pertinentes. Sus resoluciones tendrían el carácter de irrevocables. Los miembros de las juntas, con arreglo a los preceptos de esta ley, decidirían los asuntos a su conciencia y buena fe (artículo 16, fracción X).

El séptimo antecedente se encuentra en el *Decreto que Establece el Departamento de Trabajo en el Estado de Michoacán*, expedido por el General de Brigada Alfredo Elizondo, gobernador constitucional del estado, y publicado en el periódico oficial del propio estado de 30 de enero de 1916.

En el artículo 1o. se señala la creación, en el estado, de un nuevo ramo administrativo que se denominaría "Departamento de Trabajo". Sus funciones serían, entre otras: oír las quejas que se le presenten ocasionadas por las huelgas y diferencias entre capitalistas y obreros (artículo 2o., fracción IV), y resolverlas, previa citación de la parte contraria, de manera amigable y sin menoscabo de los intereses de ninguno de los contendientes (artículo 2o., fracción V).

El octavo antecedente descansa en la *Ley del Trabajo de Martín Triana,* publicada en el periódico oficial del estado de Aguascalientes, de 8 de febrero de 1916 y basada en lo general en el contenido en la Ley del Trabajo del Estado de Jalisco.

El noveno antecedente es el *Reglamento Interior del Departamento del Trabajo en el Estado de Michoacán,* publicado en el periódico oficial del estado de Michoacán de Ocampo, de 12 de marzo de 1916.

En su inciso *c* establece la división del "Departamento del Trabajo" en dos secciones. La sección primera recibiría las quejas provocadas por huelgas y diferencias entre el capital y el trabajo. El procedimiento que resolvería estas "dificultades" era sumario, mediante un escrito dirigido al director, o bien, por comparecencia que se consignaría en un acta. Se corría traslado a la parte contraria de la demanda, y se le fijaba un plazo de tres días para que se presentara. Las resoluciones del "Departamento de Trabajo" eran inapelables. La segunda sección estaba destinada a cuestiones estadísticas.

El noveno antecedente se registra en la *Ley sobre Accidentes del Trabajo del Estado de Zacatecas,* expedida por Carlos Plank, gobernador del estado, el 24 de julio de 1916.

El artículo 9o. dice:

> Para conocer de las demandas sobre indemnizaciones por accidentes del trabajo, sea cual fuere su cuantía, será competente el Juez de Primera Instancia del Distrito Judicial a que corresponda, geográficamente, el lugar donde ocurra el accidente; y si hubiere más de un juez con igual jurisdicción, conocerá de la demanda el que elija el actor.

Estas demandas se ventilarían en juicio verbal, incluso cuando el interés del negocio no excediera de mil doscientos pesos, se aceptaba el mandato en carta poder (artículo 10).

La sentencia era atacable a través de los recursos, dado que el Código de Procedimientos Civiles del estado era aplicable en relación a esta materia.

El décimo antecedente de las Juntas de Conciliación y Arbitraje se establece en la *Ley del Trabajo del Estado de Coahuila,* expedida por Gustavo Espinosa Mireles, gobernador provisional del estado, el 27 de octubre de 1916.

En el capítulo VIII, relativo a la conciliación y arbitraje, artículo 90, se facultaba a los presidentes municipales, para desempeñar las funciones de inspección, vigilancia y conciliación. Dichos presidentes tam-

bién recibirían las quejas formuladas con motivo de la aplicación de esta ley, admitiendo las pruebas conducentes y allegándose todos los datos necesarios. Posteriormente, exhortaría a los interesados a la conciliación, y si esto no resultare posible, seguiría el arbitraje, previo compromiso voluntario; en caso contrario, se darán por agotadas las cuestiones de conciliación y arbitraje, dejándose a salvo los derechos de las partes para acudir a los tribunales comunes (artículo 91).

El decimoprimer antecedente de las juntas es el debate que se suscitó en la 25a. sesión ordinaria celebrada la tarde del jueves 28 de diciembre de 1916, entre los constituyentes de Querétaro, para aprobar el artículo 5o. de la Constitución de 1917. En esa sesión memorable, José Natividad Macías, ante la confusión de muchos de los participantes, aclaró que el jefe supremo de la Revolución comisionó a él y al licenciado Luis Manuel Rojas para que formasen de inmediato un proyecto o leyes, o "todos los proyectos que fueran necesarios"; en los que se abordase el problema obrero.[20]

El propio Macías reconoció en su discurso que fue a los Estados Unidos a estudiar los grandes establecimientos de Chicago, Baltimore, Filadelfia y Nueva York. Se estudiaron las legislaciones de Inglaterra, Bélgica y Francia, por ser las más adelantadas en la materia obrera.

En su intervención se refirió a las juntas de la siguiente manera:

> Vienen luego las juntas de conciliación y arbitraje. He oído, en las diversas iniciativas que se han presentado a la Cámara sobre el problema obrero, hablar de juntas de conciliación y arbitraje, he oído hablar de tribunales de arbitraje, he oído hablar de arbitradores, quieren meterse en el artículo 13. A la verdad, señores, sin ánimo de ofender a nadie, todo esto es perfectamente absurdo si no se dicen cuáles son las funciones que han de desempeñar esas juntas, porque debo decir a ustedes que si esas juntas se establecieron con la buena intención que tienen sus autores y no se llegase a comprender perfectamente el punto, serían unos verdaderos tribunales, más corrompidos y más dañosos para los trabajadores, que los tribunales que ha habido en México; sería la verdadera muerte del trabajador, y lejos de redimir a esta clase tan importante vendrían a ser un obstáculo para su prosperidad...[21]

[20] *Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 2a. ed., México, tomo III, Manuel Porrúa, S. A., 1978, pp. 480 y ss.

[21] *Op. cit.*, p. 483.

Aquí, aparentemente el diputado Macías estaba en contra del establecimiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje; sin embargo, más adelante adujo:

> ... en los países adelantados, donde los gobiernos se han preocupado por la redención de la clase obrera, donde han venido en auxilio de esa clase desgraciada, han dictado este sistema de las juntas de conciliación y arbitraje. No son tribunales, y voy a demostrar que si se convirtieran en tribunales, sería contra los obreros...[22]

Por último, expresó respecto a las juntas:

> ... que es indudable, para que estas juntas de conciliación sean efectivas, que no sean tribunales, porque los tribunales, conforme a las leyes, y eso puede decirlo a ustedes cualquiera de los abogados que se sientan en esos bancos, que es preciso que para que exista un árbitro para arbitración propiamente, es decir, que sea árbitro arbitrador, se necesita forzosamente el consentimiento de las partes y que en caso de que no haya consentimiento de las dos partes sean obligadas por la ley, que será árbitro de derecho, y si estas juntas no vienen a solucionar, conforme a todos estos datos que acabo de presentar a vuestra consideración, esos gravísimos problemas, tienen que fallar conforme a la ley, y una vez desechada la ley, se sujetarán a lo pactado, y los jueces no pueden separarse de la ley y fallarán enteramente en contra de los trabajadores. De manera que los tribunales de derecho, no las juntas de arbitraje, serían esencialmente perjudiciales para el operario, porque nunca buscaría la conciliación de los intereses del trabajo con el capital.[23]

La discusión condujo a que el diputado Froylán Manjarrez presentara una proposición por escrito: que se elaborara un capítulo exclusivo dentro del texto constitucional que podría llevar el título *Del Trabajo*.

Una comisión especial se encargaría de redactar este capítulo relativo al trabajo. El resultado fue un proyecto de articulado denominado *Del Trabajo*, apoyado por 46 firmas diputacionales. La exposición de motivos fue obra del diputado José Natividad Macías, quien propuso el TÍTULO SEXTO de la Constitución. En él surgió el artículo 123, con la fracción XX que decía: "Las diferencias o los conflictos entre el

[22] *Op. cit.*, p. 484.
[23] *Idem*, p. 485.

capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de un Consejo de Conciliación y Arbitraje, formado por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del gobierno", y se estableció el arbitraje obligatorio. Después se propuso modificar la palabra "Consejos" por "Juntas", siendo esta la redacción que se aprobó de la fracción XX.

El decimosegundo antecedente es la Ley que establece la forma para integrar las juntas centrales de conciliación y arbitraje y por la que se faculta al ejecutivo para incautarse de los establecimientos industriales en caso de paro ilícito, dentro del Distrito y territorios federales, promulgada el 27 de noviembre de 1917 y publicada en el *Diario Oficial* de 3 de diciembre del propio año.

En esta ley se determinó que las juntas se integraban con representantes nombrados por obreros, empresarios y por el gobierno; se fijaron las normas del procedimiento, consistentes en la presentación de demandas, excepciones, pruebas y alegatos por las partes en un plazo de tres días; lo que provocará una sentencia dictada en las veinticuatro horas siguientes. El único recurso para impugnarla era el de responsabilidad.

II. Desenvolvimiento de las juntas de acuerdo con la jurisprudencia cambiante y la doctrina

1. *Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

A. Ejecutoria Guillermo Cabrera del 8 de marzo de 1918

En esta ejecutoria, la Corte sostuvo que las juntas eran incompetentes para conocer de los conflictos particulares, negándoles también imperio a sus laudos, y que su competencia sólo abarcaba los conflictos colectivos.

B. Ejecutoria La Corona del 1º de febrero de 1924

En este fallo, la Suprema Corte aceptó que las juntas eran verdaderos tribunales con facultades para dirimir las disputas del trabajo tanto colectivos como individuales, jurídicos o económicos, modificando así su criterio anterior.

Dada la importancia que reviste esta jurisprudencia, a continuación insertamos la resolución final que recayó al recurso de revisión inter-

puesto por el presidente de la Junta Central de Conciliación y Arbitraje, residente en Jalapa, Veracruz:

México, Distrito Federal. Acuerdo pleno del día 1º de febrero de 1924. Considerando. El Juez de Distrito *a quo*, para conceder a la compañía quejosa el amparo de la Justicia Federal, tuvo como razón capital para fundar su sentencia, que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, al pronunciar los laudos, vienen a constituir verdaderos tribunales especiales, los cuales han sido expresamente prohibidos por el artículo 13 de nuestra Constitución, el que establece que sólo subsiste el Fuero de Guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar. Nada más erróneo que este concepto, porque las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales especiales:

I. Porque la Constitución expresamente las ha establecido, en su artículo 123, fracción XX, que dice: "Las diferencias y los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno," y, en las fracciones subsecuentes se determinó, de una manera general, las atribuciones que les competen; las cuales toca reglamentar a las Legislaturas de los Estados. Por tal concepto, no puede afirmarse que dichas Juntas obren como tribunales especiales, al dictar su sentencia, porque no están en pugna con lo dispuesto en el citado artículo 13 Constitucional, desde el momento en que el legislador constituyente las estableció en el mismo cuerpo de leyes, fijando los lineamientos generales, de acuerdo con los cuales deben funcionar, tocando a los Estados reglamentar de una manera amplia y precisa, de qué casos deberán conocer, sin estorbar las atribuciones de los otros tribunales que funcionen en cada entidad, y es lógico suponer que el constituyente no fue inconsecuente al establecer disposiciones contradictorias en el mismo cuerpo de leyes, toda vez que existe un principio de hermenéutica que dice: "En el caso de que en un mismo código existan disposiciones aparentemente contradictorias, deberán interpretarse de manera que ambas surtan sus efectos, porque no es posible que el legislador se contradiga en la misma Ley."

II. Las Juntas de Conciliación y Arbitraje no vienen a constituir tribunales especiales, porque si es verdad que están destinadas para resolver las cuestiones que surjan de las diferencias o del conflicto entre el capital y el trabajo, también lo es que, por razón de la materia de que conocen, no puede concluirse que vienen a constituir tribunales especiales, pues las leyes orgánicas de cada Estado, por razón de la materia, y a fin de delimitar la jurisdic-

ción o competencia de cada tribunal, han establecido tribunales penales, civiles, mercantiles, etc., que no porque conozcan de asuntos relativos a determinada materia, vienen a ser tribunales especiales, sino que, por razón de método, se les ha clasificado en esa forma, a fin de que cada uno de ellos tenga cierta jurisdicción, a efecto de que la justicia se imparta de una manera más rápida, por razón de que cada tribunal sólo conoce de asuntos de su competencia; y, en este caso, la Legislatura del Estado de Veracruz, dentro de su facultad de reglamentar, ha expedido su Ley de Trabajo y, en ella, se ha establecido que las Juntas de Conciliación y Arbitraje deben resolver casos como el que nos ocupa. De los conceptos anteriores, se viene a la consecuencia de que el laudo pronunciado por la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de Veracruz, de que se queja la parte agraviada, no viola, en su perjuicio, las garantías que consagran los artículos 13, 14 y 16 Constitucionales; por tanto, debe revocarse el segundo punto resolutivo, de la sentencia que se revisa. Ahora bien, por lo que hace al sobreseimiento, y al tercer punto resolutivo de la sentencia mencionada, que negó a la quejosa el amparo de la Justicia Federal, contra actos del Presidente Municipal, de Pueblo Viejo, como estos puntos no han sido materia de los agravios propuestos por la autoridad que interpuso la revisión, no deben verse en esta Corte, y, por lo mismo, deben quedar firmes y ejecutoriados. En mérito de la consideración que antecede, y con fundamento en los artículos 84 y 117 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, se resuelve:

Primero: Se reforma, en los siguientes términos, la sentencia de 13 de diciembre de 1922, pronunciada por el Juez de Distrito Numerario de Veracruz.

Segundo: No procede decretar el sobreseimiento que solicita la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de Veracruz.

Tercero: La Justicia de la Unión no ampara ni protege a la Compañía Mexicana Holandesa "La Corona", S. A., contra actos de la Junta Central de Conciliación y Arbitraje, residente en Jalapa, y que consisten en el laudo pronunciado por ésta, con motivo de la queja interpuesta por Francisco Mendoza, en contra de la Compañía de referencia.

Cuarto: La Justicia de la Unión no ampara ni protege a la expresada Compañía Mexicana Holandesa "La Corona", S. A., contra actos del Presidente Municipal de Pueblo Viejo, que se hace consistir en que trata de ejecutar el laudo mencionado.

Notifíquese; exíjanse los timbres que sean necesarios; con testimonio de esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia y, en su oportunidad, archívese el toca.

Así, por unanimidad de 9 votos, lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Firman el ciudadano Presidente y demás señores Ministros que integraron el Tribunal Pleno. Doy fe. Franco M. Ramírez. Manuel Padilla. S. M. Olea. S. Urbina. Ricardo B. Castro. E. Garza Pérez. Gustavo A. Vicencio. F. Díaz Lombardo. Leopoldo Estrada. F. Parada Gay, Secretario. (Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, pp. 492 y ss.).

C. Ejecutoria Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla, S. A., de 21 de agosto de 1924.

En este fallo, la Corte consolidó su decisión favorable a las juntas, en el sentido de que podían hacer valer coactivamente sus resoluciones, porque de lo contrario los laudos que pronunciasen serían meramente declarativos, afectando con ello a los trabajadores, en vez de beneficiarlos; también reafirmó la tesis de que podían conocer de los conflictos colectivos e individuales.

2. *Criterios doctrinales*

La ejecutoria "La Corona", en la cual la Corte amplió su criterio respecto a las juntas, motivó una inquietud enorme entre los empresarios.

La Confederación de Cámaras Industriales, fundada como resultado de un acuerdo adoptado por el Primer Congreso Nacional de Industriales, reunido en México en 1917, convocó a un concurso abierto en el año de 1924, con el propósito de que los participantes descubrieran la verdadera naturaleza jurídica de las juntas, y más adelante, publicó un libro con los 6 mejores trabajos. Conviene insertar las conclusiones de dos de estas investigaciones, por la importancia que tendrían en el futuro.

a) Narciso Bassols, el laureado, sintetiza su exposición con las siguientes conclusiones: [24]

Primera: Es falso que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tengan el carácter de tribunales especiales al funcionar como tribunales del trabajo y por lo tanto, es falso que sus fallos engendren

[24] Bassols, Narciso, "Las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123 constitucional", en *Las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123 constitucional*, México, editado por la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos, 1924, pp. 61 y 62.

violación del Art. 13 Constitucional, porque los tribunales dotados de "competencia específica", no se confunden con los tribunales especiales, ni son histórica, lógica o técnicamente, de los prohibidos por el precepto citado.

Segunda: Las Juntas de Conciliación y Arbitraje son verdaderas autoridades, tanto para los efectos constitucionales del amparo, cuanto para todas las consecuencias que esto engendra en derecho público.

Tercera: Pero las Juntas de Conciliación y Arbitraje no son tribunales —así pues, ni especiales, ni no especiales—; lo demuestran; el estudio de los antecedentes históricos mexicanos de su creación; el examen de las instituciones europeas de donde se copiaron; el texto mismo de las fracciones XX y XXI del Art. 123 Constitucional y consideraciones de orden técnico que allá llevan.

Cuarta: El problema de las violaciones engendradas por la justicia al fallar como tribunales del trabajo, no se refiere pues al Art. 13, sino a los Arts. 16 y 14 de la Constitución, en su escrito de "competencia constitucional", no de igualdad ante la Ley.

Quinta: Los obreros tienen razón para exigir al poder público, por ser de justicia, el establecimiento de tribunales del trabajo que impartan justicia desembarazados de la estúpida traba que representa el Código de Procedimientos Civiles.

Sexta: De paso debe decirse que la solución técnica y revolucionaria al mismo tiempo —términos que no son la competencia— general y funesta de nuestros tribunales siglo XVII —Códigos de Procedimientos—, categorías de materiales en el sentido procesal, órdenes de competencia que puedan sentenciarse pronta y eficazmente.

Séptima: El papel jurídico y social de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, de acuerdo con sus antecedentes y con el propósito de quienes las crearon, es muy diferente al de los tribunales del trabajo, con los que deben coexistir; aunque tan alto e importante como el de éstos; se instituyeron para prevenir, para conciliar y para resolver conflictos colectivos de trabajo.

Octava: Científicamente, el concepto de "conflictos colectivos de trabajo" está delimitado y es de connotación precisa.

Novena: Es urgente que los Estados y la Federación —mediante— una simple Ley ordinaria por lo demás creen los tribunales del trabajo; su falta ha torcido la misión de las Juntas de Conciliación y Arbitraje—, ya que éstas, aunque contra preceptos jurídicos y procedentes, se han visto en el caso de impartir una justicia reclamada ansiosamente.

Décima: Los tribunales del trabajo deben estar formados como las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por representantes de los

obreros, de los patrones y del gobierno, porque es ésta una garantía que el asalariado no debe perder; aunque claro está que mediante una organización interna dada con talento, la aplicación de la justicia debe hacerse posible.

Undécima: No pugna con ninguna doctrina científica, ni con ningún precepto legal, el hecho de que se organicen tribunales con representantes de los gremios interesados; es esa la nueva orientación humana de la máquina judicial que acabará con los jueces ladrones, engendrados por el mito del funcionarismo liberal.

Duodécima: Ha de cuidarse una prudente formación de los tribunales del trabajo que impida abusos de una de las partes y sin esperar que sean tribunales desapasionados —es mejor justicia apasionada que venal y no hay justicia no apasionada—, sí exigir y garantizar buena aplicación de las leyes.

Decimatercera: Organizados así los tribunales del trabajo, no serán una amenaza para ningún grupo social ni permitirán, al mismo tiempo, ventajas injustas en favor de obreros o capitalistas.

Seis años más tarde, en 1930, Bassols escribió otro ensayo con el mismo fin de tratar de descubrir la naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje, motivado por otras ejecutorias de la Corte. En una de 24 de septiembre de 1928 afirmó que las juntas no eran tribunales, y en otra posterior, de 9 de octubre del mismo año, se retractó diciendo que sí eran tribunales.

Así pues, en su nuevo artículo "¿Qué son, por fin, las Juntas de Conciliación y Arbitraje?", Bassols reconoció que ya no tenía ningún interés discutir si de acuerdo con las normas constitucionales, las juntas sólo eran competentes para conocer de los conflictos colectivos, ya que la jurisprudencia de la Corte las había transformado en tribunales de trabajo, aunque él insistía en la solución de su escrito ganador de 1924: tribunales de trabajo para los conflictos individuales y las juntas para los colectivos.[25]

La naturaleza de las juntas, en esta ocasión, la analizó desde dos puntos de vista: el formal y el material. Desde el punto de vista material realizan una función judicial, pero formalmente se encuentran, "por su dependencia administrativa y por la designación de los representantes del gobierno, hecha por el Poder Ejecutivo federal o local, dentro del conjunto de órganos que en su totalidad constituyen la administración".[26]

[25] Carpizo, Jorge, *La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México*, México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975, p. 38.

[26] Citado por Carpizo, Jorge, *ibidem*.

Empero se trata de órganos de competencia confusa, heterogénea, por lo cual se complica la determinación de su naturaleza.

Al decir de Jorge Carpizo, "Bassols eludió el objeto de su ensayo, ya que su conclusión es tan confusa, como la naturaleza que él encontró en las juntas." [27]

b) La otra interpretación vital entorno a la naturaleza de las juntas, es la que realizó el licenciado Trinidad García, en cuanto a que él afirmó que las juntas son órganos independientes de los tres poderes clásicos; tesis que compartirían más tarde, Mario de la Cueva y Trueba Urbina, considerándolas como órganos constitucionales de justicia social.

Del texto de su exposición se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1) Las juntas tienen facultad para resolver los conflictos que se susciten con motivo de la aplicación del contrato de trabajo, por tanto, su competencia abarca tanto los conflictos individuales como los colectivos.[28]

2) El Constituyente otorgó a las juntas el carácter de autoridades políticas.[29]

3) Las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen funciones de jurisdicción cuando resuelven los conflictos que les encarga la ley; pero estas funciones en ocasiones adquieren matices legislativos.[30]

4) Sin embargo, las juntas no pertenecen al Poder Judicial, aun cuando posean funciones jurisdiccionales, sólo se encuentran subordinadas a este Poder, por causa del amparo.[31]

5) Tampoco constituyen las juntas una dependencia del Poder Ejecutivo, en virtud de que sus funciones son ajenas a éste. Aunque requieren de una "fuerza extraña" que motive su organización inicial y encauce y ayude su funcionamiento. "Esta fuerza deberá prestarla otro órgano político que, por su naturaleza, sólo puede ser el mismo Poder Ejecutivo." [32]

6) Todo asunto sometido a las juntas se resuelve preferentemente por conciliación, de acuerdo con la finalidad que el legislador persiguió al crearlas. Sólo en el caso de que los intentos para llegar a la concilia-

[27] *Ibidem.*

[28] García, Trinidad, "Las Juntas de Conciliación y Arbitraje", en *Las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Interpretación de las fracciones XX y XXI del artículo 123 constitucional, cit.* p. 210.

[29] *Idem,* p. 194.

[30] *Idem,* p. 202.

[31] *Idem,* p. 203.

[32] *Idem,* p. 204.

ción sean inútiles, debe someterse el caso de que se trate a arbitraje, en la forma que establece la Ley.[33]

c) Por su parte, Vicente Lombardo Toledano aseguró que las juntas no fueron creadas como tribunales de trabajo, estrictamente hablando y que fueron constituidas sólo para dirimir los conflictos colectivos; todo ello sale a reludir de la interpretación auténtica del artículo 123 constitucional y el estudio comparado de sus fracciones XX y XXI, con las legislaciones extranjeras que sirvieron de modelo al Constituyente del 17.

Sin embargo, la necesidad de decidir de manera rápida y más justa los conflictos individuales, obligó a la Suprema Corte a determinar en 1924, que las Juntas pueden conocer de los conflictos individuales y a otorgarle imperio a sus laudos, transformando así la jurisprudencia que emitió antes.[34]

d) Alberto Trueba Urbina expresa que las Juntas de Conciliación y Arbitraje son tribunales que corresponden a una jurisdicción especial, y que, por lo tanto, constituyen un cuarto poder constitucional que se encarga de la resolución de los conflictos del trabajo, y ajeno a los poderes clásicos, con la obligación de aplicar el derecho escrito, consuetudinario o equitativo que reivindique a los trabajadores socializando los bienes de producción, al ejercer una jurisdicción social.[35]

Este criterio es inaceptable, porque nuestro documento supremo, en su artículo 49, adoptó las ideas de Montesquieu, por lo cual resulta ocioso intentar agregar otro poder a los consignados por los constituyentes, aunque éstos impliquen colaboración de poderes más que una división tajante.

Por otro lado, desde el punto de vista marxista, los arreglos a los que llegasen unos cuantos obreros obteniendo incluso la propiedad de la empresa en litigio, no significa la socialización de los bienes de producción, porque éstos, a su vez, se convertirían en capitalistas, con entera abstracción de las necesidades de los demás trabajadores.

e) Mario de la Cueva argumenta que las juntas constituyen una institución especial, que ejercen materialmente funciones legislativas cuando deciden conflictos económicos colectivos y jurisdiccionales cuando resuelven conflictos jurídicos. Las juntas están vinculadas al Poder Ejecutivo, a causa de la representación estatal; pero sin que exista una

[33] *Idem*, p. 211.

[34] Artículo publicado en el periódico *Excelsior*, el 27 de enero de 1930.

[35] Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1975, pp. 240-242.

dependencia jerárquica, estando obligadas a ceñirse a las normas del proceso judicial. Además, deben considerarse como tribunales de equidad y de conciencia.[36]

f) Jorge Carpizo[37] concluye esencialmente así:

1) Las Juntas no son tribunales especiales porque están creadas por la propia Constitución; no conocen de negocios determinados sino de todos los conflictos del trabajo; no tienen carácter transitorio, y no surgen después que han nacido los conflictos, sino que preexisten a éstos. Las Juntas no son tribunales especiales, sino de jurisdicción especializada.

2) Las Juntas, en México, se encuentran encuadradas dentro del Poder Judicial por las siguientes razones: son tribunales similares a los otros en cuanto disfrutan de independencia y autonomía; no son tribunales de última instancia porque sus resoluciones son revisadas por el Poder Judicial federal.

3) Las Juntas no son tribunales de equidad porque no tienen carácter transitorio, excepcional; cuando se expresa que las Juntas resuelven de acuerdo a la equidad, con ello se dice que tienen un margen más amplio para la interpretación e integración de las normas que los tribunales del orden común.

4) Las Juntas no son tribunales de conciencia porque tienen que razonar su fallo; éste se puede impugnar y su naturaleza es la de una sentencia y no un veredicto.

g) Héctor Fix-Zamudio[38] concluye haciendo hincapié en la confusión que reina en esta materia, ya que los tratadistas más destacados han expresado puntos de vista muy contradictorios acerca de las funciones de las juntas, y es así como se habla de *Instituciones autónomas constitucionales de justicia social,* que llevan a cabo funciones legislativas, administrativas y judiciales, que no deben reducirse a la división tradicional de los poderes, porque tienen un calificativo social.

Más adelante, aclara que las Juntas realizan funciones jurisdiccionales también en los conflictos económicos colectivos, aunque se apartan de los tribunales judiciales ordinarios; que las Juntas no son tribunales de equidad, aun cuando la apliquen en una "dosis mayor" que los jueces ordinarios, y menos aún hoy en día en que se encuentran

[36] De la Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo,* tomo II, *cit.,* pp. 920-922.

[37] Carpizo, Jorge, *Naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México,* México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975, pp. 69 y 70.

[38] Fix-Zamudio, Héctor, *La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en México,* México, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, 1975, pp. 69 y 70.

sujetos al ordenamiento jurídico laboral; que tampoco son tribunales "en conciencia", es decir, que aprecien libremente los elementos de convicción.

> Pues no obstante el lenguaje legal, las juntas de conciliación y arbitraje no sustentan un veredicto inimpugnable similar al de los jurados populares, sino un verdadero fallo judicial, en el cual deben razonar la apreciación de las pruebas, ya que dichos fallos son impugnable a través del juicio de amparo, ante los tribunales federales... se trata, entonces, de la apreciación o valorización de las pruebas de acuerdo con el sistema de la "sana crítica".[39]

III. Análisis retrospectivo

Del análisis de lo expuesto en este trabajo, resulta:

Las legislaciones extranjeras en materia laboral eran bastante conocidas en nuestro pais, al momento de insertarse las Juntas de Conciliación y Arbitraje en la fracción XX, en el artículo 123 constitucional.

Particularmente, el Decreto 59 de Salvador Alvarado, que establece el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje, hace alusión a la legislación de Estados Unidos, así como la Ley del Trabajo del propio gobernador constitucional de Yucatán, se basa en los Industrial Court australianos.

El constituyente José Natividad Macías reconoció, en su discurso pronunciado en la 25a. sesión ordinaria de 28 de diciembre de 1916, celebrada en Querétaro para aprobar el artículo quinto de la Constitución de 1917, que Venustiano Carranza lo comisionó a él, al licenciado Luis Manuel Rojas y a Zubaran Capmany, para que viajasen a Estados Unidos, Guatemala e Inglaterra, respectivamente, y estudiaran minuciosamente las legislaciones más avanzadas en materia laboral (de Inglaterra, Bélgica y Francia) para configurar un proyecto de ley mexicana.

Actualmente, existen autores de Derecho del Trabajo que insisten en interpretar el espíritu del Constituyente del 17, aun cuando, si bien es cierto que José Natividad Macías, como lo dijo en su intervención mencionada, no pretendía crear tribunales del trabajo que pudieran contaminarse con los ordinarios, la verdad es que la pretensión genuina del Constituyente ya ha sido muy rebasada por la jurisprudencia y la

[39] *Ibidem.*

doctrina, como nos lo marca acertadamente en su investigación Jorge Carpizo.

Sin embargo, aún hay tratadistas que explican la naturaleza jurídica de las juntas conforme lo hizo Narciso Bassols en 1930:

> Desde el punto de vista material, es decir, según su actividad, realizan una función judicial; pero formalmente se encuentran por su dependencia administrativa y por la designación de los representantes del gobierno hecha por el Poder Ejecutivo federal o local, dentro de los órgano que en su totalidad constituyen la administración.[40]

Criterio también muy superado, ya que existe casi absoluta coincidencia en que las Juntas de Conciliación y Arbitraje realizan materialmente una función judicial, independientemente de su nexo con la administración pública. Dicho en otras palabras, la mayor parte de los autores aceptan que las Juntas de Conciliación y Arbitraje son verdaderos Tribunales especializados en materia laboral; por ello, teóricamente en la década de los ochentas podría sugerirse su integración al Poder Judicial, no por el hecho de resolver una polémica jurídica interesante, sino por la conveniencia de que mediante su incorporación se le otorguen las garantías judiciales a sus funcionarios, entre otras cosas.

Ciertamente, el gobierno de la Federación se ejerce a través de los poderes federales, previstos en los artículos 39, 40, 41 y 49, de la Constitución de la República, y que son:

1) *El Poder Legislativo*. Integrado por un Congreso Federal que se divide en dos Cámaras, la de Diputados, que representa a la población ciudadana (artículos 50, 51 y 52 constitucionales), y la de Senadores, que representa a las entidades federativas, incluido el Distrito Federal (artículo 56 de la Constitución).

2) *El Poder Ejecutivo*, que reside en el presidente de la República (artículo 80 constitucional), y es auxiliado en el ejercicio de sus funciones por las secretarías y departamentos de Estado (artículos 90 y 92 de la Constitución), y por la Procuraduría General de la República (artículo 102 constitucional) y por el gobernador del Distrito Federal (artículo 73, fracción VI), así como por los organismos descentralizados, empresas de Estado y fideicomisos públicos (artículos 90 y 93).

[40] Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 38.

De tal suerte, que tradicionalmente se han considerado cuatro formas de organización administrativa: [41]

a) Centralización.
b) Desconcentración.
c) Descentralización.
d) Sociedades Mercantiles y Empresas de Estado.

De acuerdo con la organización del gobierno federal, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje y las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, están incorporados a la centralización administrativa, puesto que las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje dependen formalmente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social; las locales, del jefe del Departamento del D. F. y de los gobernadores, y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje a la Secretaría de Gobernación. Sin embargo, no se articulan bajo un orden jerárquico a partir del presidente de la República, con el objeto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución. La centralización administrativa implica la unidad de los diferentes órganos que la componen, y entre ellos existe un acomodo jerárquico, de subordinación frente al titular del Poder Ejecutivo, de coordinación entre las secretarías, los departamentos de Estado y la Procuraduría General de la República, y de subordinación en el orden interno, por lo que respecta a los órganos de cada secretaría, departamento de Estado y Procuraduría.

La relación jerárquica se establece entre los órganos centralizados. Los poderes que implican esta relación: son de decisión, nombramiento, mando, revisión, vigilancia, disciplinario y para resolver conflictos de competencia.

Esta vinculación jerárquica no se da en los tribunales del trabajo, aun cuando el presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje es nombrado por el presidente de la República (artículo 612 de la Ley Federal del Trabajo), los presidentes de las juntas locales son designados por los gobernadores de las entidades federativas (incluyendo la del Distrito Federal, cuyo presidente es nombrado por el jefe de ese departamento), y los presidentes de las juntas especiales son nombrados por el secretario del Trabajo y Previsión Social (artículo 633,

[41] Véase, Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 7a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1986, pp. 107-116.

LFT), por el gobernador del estado o por el jefe del Departamento del Distrito Federal.

Independientemente de lo anterior, Jorge Carpizo nos advierte que el sistema actual de nombramiento de los funcionarios judiciales no es el mejor, por lo cual se han propuesto otros sistemas que bien podrían aplicarse a los funcionarios de las juntas.[42]

La otra fase del poder de nombramiento, que es la facultad de remoción, también se presenta respecto a la responsabilidad de los funcionarios de las juntas.

El presidente de la Junta Especial deberá informar al secretario del Trabajo y Previsión Social, al gobernador del estado o jefe del Departamento del Distrito Federal, quienes oirán al interesado y después pronunciarán una resolución artículo 637-II de la LFT).

Lo anterior ocasiona una situación anormal en nuestro sistema jurídico, porque parece indebido que los funcionarios judiciales sean destituidos por funcionarios administrativos, porque se quebranta su autonomía e independencia.

Jorge Carpizo propone, por ello, que la Ley Federal del Trabajo contenga normas más precisas de destitución sin que tengan ingerencia las autoridades administrativas, y donde se remita incluso a lo preceptuado por la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, respecto a la remoción en su capítulo de responsabilidades oficiales, en lo que concierne a los magistrados del propio tribunal.[43]

Siguiendo con nuestra exposición, el Poder Judicial federal está integrado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tribunales de circuito, colegiados en materia de apelación, en juzgados de distrito (artículo 94 de la Constitución) y el Jurado Popular Federal (artículos 1o., fracción V, y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Para subsanar los inconvenientes señalados por diversos autores, en relación a que las juntas pertenezcan formalmente al Poder Ejecutivo, lo recomendable sería incorporar plenamente las juntas al Poder Judicial, agregando a los preceptos que organizan el Poder Judicial de la Federación, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje.

[42] Carpizo, Jorge, *La naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cit.*, p. 64.

[43] *Op. cit.*, p. 67.

Por lo que se refiere a las juntas locales, su incorporación al Poder Judicial, sería a través del Tribunal Superior de Justicia de cada entidad federativa y, en su caso, al del Distrito Federal.

Aclaramos que esta integración de los tribunales del trabajo bien puede realizarse sin modificar el sistema actual que los rige, empero el traslado conduciría inevitablemente a algunas modificaciones que son consecuencia natural de la evolución dinámica del derecho.

Posiblemente la integración tripartita de las juntas sea la adecuada, pero su desenvolvimiento desde que fueron creadas, no ha respondido a las necesidades de los interesados primordialmente: los trabajadores.

Quizá sería aconsejable suprimir la etapa conciliatoria en los tribunales del trabajo. No pasamos por alto que la conciliación se ideó con el objeto de lograr una mayor economía, sencillez y prontitud del proceso laboral; pero la conciliación bien puede desempeñarla o seguir desempeñándola la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, con sus procuradores auxiliares foráneos, o la Procuraduría de la Defensa del Trabajo del Distrito Federal y las que se creen para tal efecto en las entidades federativas. La Procuraduría Federal es un órgano desconcentrado de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social y la del Distrito Federal es un órgano administrativo central de la Dirección General de Trabajo y Previsión Social del Departamento del Distrito Federal.

Aquí cabe observar, que los que insisten en proclamar que las juntas pertenecen al sector administrativo, no se ponen a pensar que con ello las están equiparando a las Procuradurías de la Defensa del Trabajo, en cuanto a su organización se refiere.

En efecto, las procuradurías mencionadas, ante todo, tienen la misión de proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y sólo que no se consiga la "conciliación" se acudirá a los tribunales del trabajo. Consecuentemente, las "Juntas de Conciliación", pasarían a formar parte de las Procuradurías de la Defensa del Trabajo.

> Las Juntas en su afán de conciliar han logrado que los trabajadores acepten la mitad de las prestaciones a que tienen derecho. Si partimos del principio de la "indisponibilidad de los derechos obreros", a la que magistralmente se refiere el maestro Barbagelatta, tendríamos que concluir que de ser tales derechos irrenunciables, en estricto derecho, no debería tener cabida la conciliación, que en todos los casos implica la intervención de un tercero para obtener que las partes renuncien parcialmente a sus derechos; por lo demás

si el patrón y el trabajador enemistados no pudieran "arreglarse" en su propio centro de trabajo, difícilmente se arreglarán ante las autoridades del trabajo, a donde el patrón concurre sumamente forzado.[44]

Con estas reformas se estima que las Juntas de Conciliación y Arbitraje realizarían una justicia más pronta y expedita, beneficiando con ello a los trabajadores, porque se pretende aligerarlas del enorme trabajo que significa para sus funcionarios conocer de la conciliación y, a su vez, del arbitraje, cuando en el asunto no hubo arreglo.

Además, las personas que acuden a los tribunales del trabajo, también reclaman modificaciones en cuanto a las personas que laboran en ellos. Éstas se hacen consistir en que los jueces o presidentes de las Juntas sean magistrados de carrera, inamovibles y ajenos a los intereses de las partes.

De acuerdo con algunas referencias comparativas, la petición es bastante congruente.

En Chile, su Código de Trabajo (artículo 423) establece que los jueces especiales deberán ser abogados. En Venezuela, el reglamento de noviembre de 1938 ordena que los tribunales del trabajo de la primera instancia serán unipersonales, a cargo de un funcionario judicial federal que se llamará juez de primera instancia del trabajo, y que deberá ser abogado.

La Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo en Venezuela, publicada el 16 de agosto de 1940 que modificó la anterior de 1936 y el decreto reglamentario de 1938, previene en su artículo segundo:[45] "Los tribunales del trabajo son: *A)* los tribunales del trabajo que conocen en primera instancia, y *B)* el Tribunal Superior del Trabajo, que conoce en segunda instancia."

El Tribunal Superior del Trabajo se compone de tres jueces que se denominan presidente, relator y canciller, y conocen de las apelaciones y consultas de los fallos que dicten los tribunales de primera instancia de acuerdo con la propia ley, artículo 3o.

Los jueces del trabajo son designados por el Consejo de la Judicatura.

También se ha criticado la ignorancia jurídica de los representantes de los trabajadores y del patrón (la Ley Federal del Trabajo, sólo les

[44] Cavazos Flores, Baltazar, "Los conflictos del trabajo y su solución", en *Panorama del derecho del trabajo en México. Homenaje a Salomón González Blanco*, México, UNAM, 1984, p. 145.

[45] Desmarás R., Carlos, *La organización de los tribunales del trabajo en Francia*, *cit.*, p. 38.

exige que tengan instrucción primaria). Creemos que para mejorar la institución, pudiera establecerse como requisito mínimo para ser nombrados, tener licenciatura en derecho. Con esto se lograría preparar a los jueces legos para que enfoquen jurídicamente las cuestiones que se les plantean.

La capacitación de sus miembros es imprescindible para que aprecien debidamente los casos, en atención a que los tribunales del trabajo no son de equidad, ya que sí están obligados, aunque en menor medida que los tribunales ordinarios, a ajustarse a las reglas jurídicas de todo procedimiento.

Asimismo, es inconciliable con el ordenamiento constitucional (artículo 5o.) que a los abogados patronos, asesores o apoderados, se les impida gestionar a favor de su defenso en la etapa conciliatoria (artículo 876, fracción I, de la LFT); este precepto debe ser derogado.

Se hace hincapié en la influencia nefasta, en el ánimo del trabajador, demandante de justicia, de los denominados "coyotes", que vician el procedimiento laboral y desorientan severamente al interesado; es preferible que sean los licenciados en derecho, conocedores de las leyes, quienes se encarguen de asesorar a los contendientes.

IV. Conclusiones

1. Si las Juntas y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje dirimen las controversias que se suscitan entre el trabajo y el capital, ya sean de carácter colectivo o individual, entonces realizan actos jurisdiccionales y, por lo tanto, son verdaderos tribunales; porque, de acuerdo con Carnelutti, la jurisdicción se caracteriza por la función que realizan los órganos del Estado cuando deciden un litigio jurídico.

2. Teóricamente, puede afirmarse, a setenta años de la Constitución de 1917, que sería conveniente que las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, se integren plenamente al aparato judicial mexicano, no para dar por terminada una polémica jurídica por demás interesante, sino para uniformar la organización del Estado mexicano; todo ello mediante una reforma constitucional y a la legislación laboral y del poder judicial.

3. El juez laboral seguiría teniendo como meta principal la economía procesal, manteniéndose los tribunales del trabajo, en lo esencial, como hasta ahora han funcionado.

Los integrantes seguirán siendo designados por los sectores productivos, trabajadores y patrones; pero en lo referente al representante gu-

bernamental, deberá de ser de carrera judicial. En el Tibunal Federal de Conciliación y Arbitraje también se conservará la representación directa de los sectores, haciendo participar a un tercero cuya imparcialidad sea segura.

4. A los jueces del trabajo deben atribuírseles las prerrogativas y garantías de la magistratura común, con el fin de que gocen de plena autonomía.

5. Se sugiere que se traslade la etapa conciliatoria de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, a las Procuradurías de Defensa del Trabajo, para aligerar su carga de asuntos, y en las cuales bien podría caber la composición tripartita.

PALINGENESIA DEL TÍTULO "DE TODOS LOS JUICIOS" (1, 12) DE LAS SENTENCIAS DE PAULO

Jorge ADAME GODDARD

INTRODUCCIÓN

Dado el interés, o mejor dicho, la vital preocupación que ha tenido Héctor Fix-Zamudio por los temas procesales, me ha parecido oportuno presentar en homenaje suyo un trabajo sobre esa materia. El título de las *Sentencias de Paulo* que aquí comento, ofrece algunas reglas sobre el procedimiento romano, principalmente el penal; por supuesto, no bastan para darnos una idea general, siquiera elemental, del conjunto de este procedimiento; pero permiten acercarnos a ciertos detalles y cuestiones particulares, que ilustran cómo puede hacerse justicia y defenderse la libertad en situaciones concretas, cosa que ha sido motivo y razón de la obra de quien cordialmente llamamos maestro Fix.

El presente trabajo es parte de la palingenesia que he venido haciendo del libro primero de las Pauli Sentencias,* siguiendo el método de análisis usado por Ernst Levy (*Pauli Sententiae. A palingenesia of the opening titles...* New York, 1945) al analizar los seis primeros títulos de este libro.

Dicho método parte de la idea, hoy comúnmente aceptada por la crítica romanística, que la obra conocida como *Sentencias de Paulo* fue una recopilación postclásica, hecha a fines del siglo III, de textos jurídicos procedentes de obras jurisprudenciales, principalmente de Ulpiano y Paulo, y de colecciones de constituciones imperiales, y atribuida falsamente al jurista Paulo. Fue una obra compuesta con fines de divul-

* De este trabajo, he dado a la prensa las siguientes partes: Una descripción general y caracterización de las *Sentencias de Paulo*, que será próximamente publicada en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas;* el estudio de los títulos sobre la restitución por entero (1,7) y que será publicada en el libro de homenaje a Álvaro d'Ors preparado por la Universidad de Navarra, y el estudio de los títulos de la restitución por causa de dolo (1,8), por causa de minoredad (1,9) y por causa de ausencia (1,9A), que será publicado en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídico* de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

gación, y que tuvo gran aceptación, sobre todo en la parte occidental del Imperio. Y, quizá por esto mismo, fue también una obra que sufrió muchas alteraciones.

Levy piensa que la versión que tenemos de las *Sentencias de Paulo*, procedente en mayor parte del epítome de las mismas que ofrece el Breviario de Alarico del año 506, presenta una composición por estratos. Él distingue seis estratos: el estrato *A*, que comprende las sentencias que se conservaron tal como fueron inicialmente redactadas antes del año 300; el estrato *B*, que comprende las modificaciones introducidas, principalmente para acomodar el texto de las sentencias a la legislación imperial, entre los años 300 y 450; un estrato C, que comprende las alteraciones hechas en occidente, entre los años 400 y 450, y relacionadas con la *Interpretatio;* el estrato *V* contiene las alteraciones introducidas por los compiladores del Breviario; el estrato *E*, las insertadas en oriente, antes de Justiniano, y el estrato *D*, las hechas por los compiladores de Justiniano.

De estos seis estratos, actualmente la crítica romanística acepta los estratos *A*, *B* y *D*. Franz Wieacker, en su conocida e importante obra *Texstufen klassicher Juristen* (Gotinga, 1960) tendió a reducir los estratos de los libros jurídicos romanos a sólo dos: el estrato *A* y el estrato *D*, y lo siguió gran parte de la crítica. Ahora, ya se reconoce nuevamente la existencia del estrato *B*, como lo ha hecho Kaser en su segunda edición de su tratado de derecho romano postclásico *(Das römische Privatrecht. Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich, 1975).

El interés primordial del estudio de las sentencias, que se hace en este trabajo, es concluir a qué estrato pertenece cada una de ellas. Para tal objeto se procede, siempre siguiendo a Levy, a analizar una por una, distinguiendo el tópico *(T)* bajo el cual eran comprendidas en el derecho clásico, su significado *(S)*, su origen *(O)* clásico o postclásico, la fuente *(F)*, cuando es posible conocerla, de donde provienen, y finalmente el estrato *(Au)* al que pertenecen.

1.12 DE IUDICIIS OMNIBUS

T. En el edicto del pretor urbano, el título XIV rezaba simplemente *de iudiciis*, y se entendía que se refería exclusivamente a los juicios privados. Contenía disposiciones de orden general, relativas a la jurisdicción, el juicio, el juez y similares. Los juicios públicos se desarrollaban por procedimientos diferentes *(crimina)* y ante tribunales públicos.

O. En las provincias las causas civiles de cierta cuantía o gravedad

lo mismo que las criminales se sometían a la jurisdicción del gobernador,[1] y en el procedimiento cognitorio, ya en época clásica, según Kaser,[2] se resolvían ante el mismo juez cuestiones civiles y criminales. Esta unión de las jurisdicciones pública y privada en un mismo juez, quizá motivó el intento de hacer un título en que estuvieran reunidas las reglas aplicables a todo tipo de juicios. Pero, de las 9 *sententiae* que conservamos de este título, 8 se refieren a procesos penales públicos,[3] y sólo una (la 8) puede aplicarse a juicios privados, la cual más bien corresponde en el orden edictal al título XIII: *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*. Del siguiente título (*13A*), las nueve primeras sentencias se refieren a cuestiones jurisdiccionales, y ocho de ellas a juicios privados. Esto hace suponer que en el título original *De iudiciis omnibus* estaban incluidas, como conjeturó Cujacio,[4] esas nueve sentencias (1, 13A, 1*a*-1*h*). Ninguna de las *sententiae* de este título se refieren a las materias que trataban el edicto del pretor urbano en su título *De iudiciis* (Lenel §§ 53-59). Esto hace pensar que el contenido del título original era considerablemente más amplio que el que poseemos.

Au. El autor de la rública del título pudo ser *A*. Un intento similar de agrupar reglas aplicables a ambas jurisdicciones se hizo en el libro *De omnibus tribunalibus, libri X*, atribuido a Ulpiano.[5] *V* puede ser responsable de la reducción del contenido.

1, 12, 1 *Hi, qui falsa rescriptione usi fuerint, lege Cornelia de falsis puniuntur*.

[1] D'Ors *DPR* §360.

[2] Kaser *ZPR*, pp. 347 y 348.

[3] Las sentencias 3(4), 4(5), 6(7) y 7 se refieren al interrogatorio por tormento *(quaestio)*, de lo cual también se ocupan los títulos 5, 14 y 5, 16.

[4] *Observationes*, p. 56, 8.

[5] Schulz, *History of roman legal science*, p. 256, considera que tal obra pudo ser colección postclásica de extractos de Ulpiano, con alteraciones y añadidos. Wieacker *Textstufen*, p. 60, n. 13, y p. 65, piensa que puede ser clásica. En todo caso refleja una situación procesal, el predominio del procedimiento cognitorio, en que es posible tratar unitariamente cuestiones pertenecientes a diversos tipos de jurisdicción; en este aspecto es reveladora la equiparación que hace entre *praetor y praesides provinciae (Palingenesia*, nos. 2254, 2267, 2268), es decir entre el funcionario judicial de Roma y el de provincias. En los fragmentos que se conservan del de *omnibus tribunalibus* se tratan cuestiones también tratadas en PS 1, 12 y 1, 13A, 1-1*h*, como las relativas a tutelas, contenido de las sentencias: confesión judicial y ausencia. Teniendo en cuenta que la rúbrica de iudiciis omnibus refleja la preeminencia del proceso cognitorio, cabe suponer que las rúbricas de los títulos correspondientes de los libros clásicos rezaban simplemente de *iudiciis*, y no llevaban el adjetivo *omnibus*, como erróneamente ha conjeturado Lenel, *Palingenesia* I col. 131, 592, etcétera, siguiendo la rúbrica de PS.

S. El que alega en juicio rescriptos falsos queda sujeto a las penas impuestas por la Ley Cornelia de Falsarios.

O. Clásico. La Lex Cornelia de Falsis,[6] concebida para castigar la falsificación de testamentos y moneda, fue extendida por senadoconsultos a la falsificación de toda clase de documentos.[7] Por el senadoconsulto liboniano (16 d.C.) se dispuso la aplicación de las penas previstas en dicha ley[8] en contra de quien usara en juicio documentos falsos signados.[9] Por un rescripto de Antonino Pío (citado por Calistrato 3 de *cognit.* D 48, 10, 31) se ordenó que se castigara, según la gravedad del delito, a los que presentaban al juez documentos *(instrumenta)* falsos (sin especificar tipo de documentos); Marco Aurelio y Vero *(ibidem)* aclararon que no se castigaba a quienes, como solía suceder, presentaban documentos falsos sin saberlo; era tan frecuente este caso, que Papiano pudo llegar a decir que la Ley Cornelia no se aplicaba a quien alegaba un documento falso *(falso recitato... non incidit)*, sino a quien lo falseaba.[10]

Todavía en época clásica se hizo la extensión a los documentos *sine consignatione* (Marciano 14 inst. D 48, 10, 1, 4 y Paulo 3 *resp.* D *h.t.* 16, 2).[11] En este momento, Alejandro Severo da un rescripto (CJ 9, 22, 3 [4]) que señala que el uso de rescriptos falsos debe castigarse con mayor severidad, lo cual, aclara Modestino (3 *de poen.*, D 48, 10, 33), significa que se castiga con las penas de la Ley Cornelia. El rescripto exceptuaba a quienes actuaban engañados por otro, siempre y

[6] Originalmente se llamaba *lex Cornelia testamentaria nummaria* (del a. 81 a.C., según Cicerón *in Verr.* 2, 1, 108), pero ya en la última época se le llama de *falsis*. Ver *infra* nota.

[7] Ver D'Ors, "Contribuciones a la historia del *'crimen falsi'*", en *Studi Volterra* II, pp. 527 y ss.

[8] La pena originalmente prevista era la de muerte, pero ya desde fines de la República se aplicaba la *interdictio aqua et igni* (deportación y confiscación de los bienes) para los *honestiores* y la condena *in metallum* (trabajos forzados en las minas) para los *humiliores;* sin embargo, como en el proceso cognitorio el juez tiene arbitrio para fijar las penas, se presentan variaciones. Ver PS 5, 25, 1; D'Ors, *Idem*, pp. 544 y 545.

[9] D'Ors, *Idem*, pp. 534-536.

[10] *Idem*, p. 550.

[11] Por virtud de esta ampliación fue comprendida toda la documentación burocrática, especialmente el edicto del pretor, con lo cual la corrupción del *album* dejó de castigarse por la vía ordinaria *(actio de albo corrupto)*. D'Ors, Idem, pp. 548 y 549. Los rescriptos se conservaban, resumidos, en registros especiales; la copia de un rescripto debía considerarse como un documento *sine consignatione*, a no ser que fuera una copia con valor oficial, pero de la existencia de este tipo de copias no se tienen pruebas.

cuando probaran su inocencia y exhibiera a la persona por la que conocieron el texto falseado.[12]

La *Interpretatio* conserva la disposición, pero limitándola al uso en causa propia, con lo cual se pasa por alto lo que podían hacer los representantes judiciales: *Hi, qui in causis suis falsa principium rescripta detulerint, ut falsarii puniatur.*

Au. A se funda en el rescripto citado de Alejandro Severo. PS 5, 25, 1 y 9 señalan también la pena de falsarios a quienes usan rescriptos falsos; pero en estas dos sentencias se dice que para incurrir en la pena debe hacerse con conocimiento de que son falsos *(sciens dolo malo)*. En PS 1, 21, 1 no es necesaria esta explicación porque la hace la siguiente sentencia. IP, en cambio, la omite.[13]

La designación de la *Lex Cornelia Testamentaria Nummaria* como *Lex Cornelia de Falsis* es propia del siglo III;[14] PS 5, 25, 1 la llama *Lex Cornelia Testamentaria*, pero en § 11 y en 4, 7, 1, *Cornelia de Falsis*. En cambio, IP, lo mismo que los epitomes del Breviario,[15] no menciona el nombre de la ley, cuyo texto seguramente desconoce, y dice que el responsable de usar rescriptos falsos se le castiga como falsario *(ut falsarii)*.

F. El rescripto de Alejandro Severo citado en CJ 9, 22, 3 (4) del año 227, cuyo periodo: *qui falsis rescriptionibus utuntur digna poena coerceantur* parece ser el modelo de la sentencia.

1, 12, 2 (sólo en códice *G Parisiensi* 4413 e insertado en la edición de Seckel-Kubler) *Ex his, qui ancillam corruperit alienam aliam reformare cogendus est.*

[12] Los rescriptos se conocían por copias extraídas de los registros oficiales, de modo que cuando se descubría que una cierta copia era falsa podía castigarse al autor de la misma; a esto evidentemente tendía la disposición de Severo. De aquí pudo partir la suposición de que toda copia o colección de rescriptos que no tuviera un autor que respondiera de su autenticidad era falsa; así Modestino 3 *de poen.* D 48, 10, 33 llama *falsas constitutiones* a las que carecen de autor *(nullo auctore habito)*.

[13] No existe *interpretatio* de PS 5, 25, 1 y 9 que exigen el conocimiento de la falsedad.

[14] El que tal designación aparezca en las PS citadas desmiente que sea una peculiaridad de los compiladores justinianos, quienes efectivamente la usan en I 4, 18, 7 y en las rúbricas D 48, 10 y CJ 9, 22; también aparece en la rúbrica CT 9, 19 y en las *institutiones* de Marciano (D 48, 10, 1, 4).

[15] Epitomes *Aeg., Guelph., Monach.*, reproducidos en HAENEL, *Lex Romana Visigothorum.*

S. Quien corrompe una esclava ajena queda obligado a reponer otra.

O. Postclásico. La corrupción de esclavo daba lugar en derecho clásico a la *actio servi corrupti* (Lenel § 63) con pena al doble y, eventualmente, a la *actio legis Aquiliae* (PS 1, 13A, 6), que tenía litiscrecencia, también al doble, contra el *infitians*. De esta posible condena al doble, se derivó, en el derecho vulgar, el principio de que todo tipo de daño debía castigarse con el doble, y se llamó a esta pena precisamente *poena legis Aquiliae*.[16]

Au. C. El fragmento es en realidad una *interpretatio* a PS 1, 13A, 6, e incluso en algunos códices [17] se le antepone la abreviatura *interpr.*[18]

1, 12, 2(3) *Qui falsum nesciens allegavit, falsi poena non tenetur.*

S. Al que sin saberlo alegó un documento falso, no se le impone la pena prevista por la Ley Cornelia de Falsos.

O. Clásico. El senadoconsulto Liboniano, que extendió la pena de la ley Cornelia contra quienes usaran judicialmente documentos falsos (originalmente documentos *sine consignatione)*, exigía el dolo.[19] En el rescripto de Antonino Pío (citado por Calístrato 3 *de cognit.* D 48, 10, 31) se castiga a quienes presentaron al juez documentos cuya autenticidad no pudieron probar; como posiblemente el rescripto no hacía referencia al dolo, después Marco Aurelio y Vero dieron otro (también citado por Calístrato *loc. cit.)*, en que advertían que no se castigaba a quienes por error presentaban ese tipo de documentos, lo cual, añade Calístrato, solía suceder.

La sentencia repite la excepción definida en el rescripto citado de Marco Aurelio y Vero, y, al igual que su modelo, se refiere al uso de cualquier documento falso.

Alejandro Severo (CJ 9,22,3 [4]) dio un rescripto en que, refiriéndose al caso particular de uso de rescriptos falsos, exime de la pena a quien lo hizo engañando por otro, siempre y cuando presente a la persona por la que conoció el documento falso.[20]

[16] Levy, *VR*, pp. 331 y ss.

[17] Códices 7, 22, 26 y 31, citados por Haenel, *Lex Romana Visigothorum, ad h.l.* n.c.

[18] Coincide Levy, *VR*, p. 334, n. 136, Kruger, *Collectio*, II, p. 54, n. lin. 19, piensa que se trata de una *interpretatio* o de derecho germánico, ya que la misma doctrina se recoge en LRB 19, 2; pero su contenido también concuerda con IP 1, 13, 5 y 6. Ver *infra ad* PS 1, 13A, 6 sub *O* y *Au.*

[19] El texto del sc. Liboniano en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, Ulpiano 8 *de off. proc.* Coll. 8, 7 y D 48, 10, 93. D'Ors *op. cit.* hace una confrontación crítica de estas tres versiones. Ver *supra* n. 8.

[20] En este rescripto queda claro que el uso de documentos falsos hace presumir

Au. A, que pudo tener como fuente el rescripto citado de Marco Aurelio y Vero. Llama la atención que, habiéndose referido la sentencia anterior en particular al uso de rescriptos falsos, parezca referirse esta otra sentencia al uso de cualquier documento falso.

La expresión *falsi poena* para designar las penas de la Ley Cornelia de Falsos, parece propia del siglo III,[21] y, por lo tanto, familiar a *A*.

La sentencia fue casi íntegramente transcrita en ET 41, sin indicación de fuente.

F. El rescripto de Marco Aurelio y Vero citado por Calístrato 3 *cognit.* D 48,10,31. No se encuentran similitudes lingüísticas entre la cita de Calístrato y la sentencia; sin embargo, el pensamiento es el mismo en ambos textos: *falsum nesciens* de la sentencia concuerda materialmente con *per errorem, ignoscatur* de Calístrato.

No parece que el rescripto de Alejandro Severo (CJ 9,22,3 [4]) sea fuente de la sentencia, porque se refiere a *qui deceptus est per alium*, no simplemente, como la sentencia, al que ignora, y exige aquél, para que se absuelva al demandado, que éste presente a la persona por quien fue engañado, lo cual no se menciona en la sentencia.

1,12,3(4) *In caput domini patronive nec servus nec libertus interrogari potest.*

S. No se puede interrogar por tormento ni al esclavo ni al liberto en contra de la persona [22] de su dueño o patrono.

O. Clásico. Los esclavos no tenían capacidad para ser testigos, por lo que se les interrogaba mediante tormento (*quaestio*).[23] Desde tiempos de la República,[24] se definió la regla que los esclavos no podían ser interrogados contra su dueño; pero ya en época republicana se admitió una excepción para el caso de incesto,[25] y luego, en los primeros años del Principado, para el *crimen maiestatis*, el adulterio y la defrauda-

la culpabilidad de quien los usa, por lo que éste tiene que probar su inocencia para salir absuelto *(si suam innocentiam probat... se liberat)*.

[21] Aparece también en PS 5, 25, 5; 9(10) y en Marciano 14 *inst.* D 48, 10, 1, 13, pero no en CT, según *Heidelberger Index s.v. Falsus* (cfr. CT 9, 9, 1, pr [326] *falsae accusationi poena)*, ni en las otras fuentes del dereho vulgar, según *Ergänzungsindex s.v. falsum*, excepto en ET 30; 40; 41; 90; en estos tres últimos lugares, el texto parece depender de PS 4, 7, 2; 1, 12, 3; 5, 25, 1 y 5, respectivamente.

[22] *VIR* I col. 628 indica que en esta sentencia *caput* tiene el significado de *status* de hombre libre; cfr. Marciano 2 *inst. in personam domini;* PS 5, 16, 5, *in caput domini... neque in pecuniariis quam in capitalibus causis interrogari possunt.*

[23] D'Ors, *DPR* § 107.

[24] Según Tácito *(Anales* 2, 30), la regla derivada de un antiguo senadoconsulto. Ver Erhardt, *RE* s.v. *tormenta* col. 1789. Memsen, *Strafrecht*, pp. 414 y ss.

[25] Erhardt, *loc. cit.*

ción fiscal.[26] En un rescripto de A. Severo (CJ 9,41,1, *pr*) se mencionan expresamente dichas excepciones.

La aplicación de la regla originaba discusiones respecto a cuando una declaración del esclavo era realmente contra su dueño, y respecto de casos en que la propiedad del esclavo era dudosa.[27] Así, por rescripto de Adriano (citado por Papiniano 16 *resp.* D 48, 17,17,2) se permitió interrogar al esclavo común contra uno de los copropietarios acusado de haber matado al otro; también por rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D *h.t.* 1,7) se admitió el interrogatorio de un esclavo perteneciente a la ciudad en contra de un ciudadano, así como, por disposición de Trajano (citado por Ulpiano *ibidem* ᵠ 11), contra la esposa del dueño. Cuando la propiedad sobre el esclavo era dudosa, se abría una controversia en la que podía interrogársele sobre la propiedad (Diocl. CJ 9,41,12); pero en tanto ésta no terminara, no podía interrogársele en una acusación criminal contra el supuesto dueño (Calistrato 5 *de cognit.* D h, t, 15,2). Tampoco se permitió interrogar al *bona fide serviens* (Ulp. *ibidem* ᵠ 8), ni al *servus redhibitus* contra su comprador (Paulo 2 *de off. proc.* D h.t. 11), ni al liberto contra su patrono (Ulpiano *ibidem* ᵠ 11).

Au. A. que recoge la regla formulada en tiempos republicanos, recibida por la jurisprudencia, pero sin tomar en cuenta sus excepciones ni aplicaciones especiales, salvo la de hacerse extensiva en favor de los patronos. Es notable que ni siquiera menciona las excepciones en la forma simplificada en que las presenta *A.* Severo (CJ 9,41,1 *pr*). La *expresión in caput domini,*[28] que es tambi'n usada por los textos jurisprudenciales, pero no en las resoluciones imperiales, que prefieren usar *adversus* o *contra dominum,*[29] indica una fuente jurisprudencial.

[26] Durante los primeros emperadores, se acudía al expediente de que el fisco comprara los esclavos que habían de ser interrogados en procesos de lesa majestad o adulterio, con lo cual la regla seguía incólume; a partir de Alejandro Severo (CP 9, 4, 1 pr), la regla ya sufre excepciones expresas. También se aceptó el interrogatorio de esclavos contra sus dueños en el caso de falsificación de moneda (Hermog. 1 *iur. epit.* D 5, 1, 53; cfr. Constantino CT 9, 19, 1) y otros más; ver Mommsem. *Strafrecht,* pp. 414 y 415. Es quizá la relación entre *crimen falsi* y *quaestio,* lo que explica la presencia de las sentencias de este título que se refieren a la *quaestio* (§§ 3, 4, 6 y 7).

[27] PS 5, 16, 8b (=D 48, 18, 18, 8) dice que antes de discutir si se interroga un esclavo, debe averiguarse sobre su propiedad.

[28] Ver *VIR* col. 628.

[29] En el título de *quaestionibus* de CJ (9, 41) nunca aparece la expresión *in caput;* en lugar de ella, se usa *adversus dominum* (cons. 2, 6 y 13) o *contra dominum* (const. 1, 7 y 13).

1,12,4(5). *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.*

S. Literalmente el texto dice que las mujeres embarazadas no pueden ser condenadas ni interrogadas por tormento, sino hasta que hayan dado a luz.

O. Clásico. Ulpiano 14 *ad Sab.* D 48,19,3 dice que la ejecución de una pena de muerte [30] contra una mujer embarazada se difiere hasta después del parto. La razón de este criterio era proteger los derechos hereditarios del no nacido, como lo demuestra la ubicación del texto: formaba parte del título sobre el heredero póstumo.[31] Parece que tal criterio ya era conocido por el mismo Sabino ,porque después de enunciarlo, Ulpiano añade, como conocimiento no derivado de Sabino (*ego quidem... scio*) [32] que ni siquiera se acostumbra atormentar a las mujeres en tal estado.[33]

Au. A, que al condensar las dos situaciones en una sola regla, produce confusión. La mujer embarazada sí podía ser condenada a pena de muerte, sólo que la ejecución se difería hasta después del parto. La sentencia, entendida literalmente, dice que la mujer embarazada no puede ser condenada y, como no especifica el texto a que pena se refiere, puede entenderse que se impide la condena a cualquier pena, no sólo a la de muerte. El significado de la sentencia sería correcto si *damnari* pudiera entenderse significando ejecutar [34] la pena.

La frase final (*nisi... partum*) es redundante, pero puede ser descuido de *A.*

1,12,5 (6) *Qui rescriptum a principe falsa allegatione elicuerint, uti eo prohibentur* (falta en el códice más antiguo y mejor —*codex Monacencis*—, y en el *Eporediencis* está colocada después de 1,13A,3).

S. Quienes mediante falsas alegaciones obtienen un rescripto del príncipe, no podrán usarlo.

O. Postclásico. El texto se refiere al tardío procedimiento por rescriptos, en el cual el emperador decide una controversia planteada por un particular, sin examinar las pruebas de los hechos, por medio de un

[30] Gai 1, 90 y 91 suponen la ejecución de penas de deportación y reducción a esclavitud de mujeres embarazadas.

[31] Lenel, *Palingenesia,* no. 2528.

[32] *Ind. Int.* no menciona que este texto haya sido interpolado.

[33] También se exceptúa del tormento, los impúberes, ancianos, sordos, ciegos y mudos. Ver Erhardt, *RE s. v.* tormenta col. 1780.

[34] Pero en las demás sentencias donde aparece el verbo *damno,* según *Ergänzungsindex,* tiene claramente el significado de condenar, generalmente referido a pena capital.

rescripto. Obtenido el rescripto, el solicitante debe entregarlo a un juez ordinario para que examine los hechos y, si encuentra que éstos están debidamente probados, dicte sentencia según el tenor del rescripto.[35] Parece que en la práctica los jueces no tenían suficiente cuidado de examinar las pruebas y juzgaban ordinariamente conforme lo prescribía el rescripto, pues Constantino llegó a establecer severas contra los jueces que se niegan a examinar si los hechos invocados por el peticionario del rescripto son reales o no (CJ 1,22,3 [313]). El mismo emperador dispuso que los jueces examinaran la veracidad de los hechos aun en el caso de rescriptos en los que se ordenara una ejecución (CT 1,2,6 [333] = CJ 1,22,4 con IT). A fines del siglo IV se llega a castigar, en ciertos casos, al juez que juzga según el tenor de un rescripto amañado (CT 14,3,20 (398)). El problema debió de seguir durante el siglo V, ya que todavía el emperador Zenón ordena que todos los rescriptos sean redactados con la cláusula de que valen si se demuestra la veracidad de los hechos que fundan su petición (CJ, 1,23 7 [477]).

Au. B. que recoge una preocupación de su tiempo[36] y se funda en disposiciones similares a las arriba citadas. *Elicere rescriptum* se repite en CT 1,2,3 (316); 16,5,6, (381) (=CJ 1,1,2 *pr*) y 14, 3, 20 (398). La forma breve y el tono general de PS se acentúa en IT 1,2,6: *quidquid non vera, sed falsa petitio a principe obtinuerit, quia fraus intervenit, non valebit.*

El hecho de que la sentencia no se encuentre en el manuscrito más antiguo del Breviario puede indicar que no se recogió en el texto original visigótico, quizá porque los compiladores no quisieron hacer alusión al emperador romano, y que posteriormente fue insertada en los manuscritos tomándose de la edición de *B* de PS; esta inserción posterior explicaría también que la *sententia* se halle en el manuscrito Epo*redensis* 35 después de 13A, 3.

1,12,6 (7) *Qui de se confessus est, in alium torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua desperavit.*

S. Quien se haya confeso y convicto por un crimen, no puede ser interrogado mediante tormento en contra de otro reo, para que no se ponga en peligro la vida ajena por quien ha perdido la esperanza de la suya.

[35] Kaser, *ZPR*, pp. 521 y ss.

[36] Sobre los abusos a que condujo la práctica de los rescriptos, ver Krueger, *Geschichte der Quellen und Literatur des romischen Rechst* (1912), p. 304.

O. Clásico. Según Mommsen,[37] en el proceso criminal acusatorio de época clásica no se acepta el testimonio de quien ha sido condenado en un proceso criminal: la razón de esta limitación es que, considerándose el testimonio como una función pública, se excluye de rendirlo a personas indignas. En el proceso cognitorio, en cambio, en que el juez tiene facultades inquisitivas, la cuestión de las declaraciones de los reos o convictos[38] de algún crimen, se planteó de otro modo: ahí habría que decidir acerca del valor que tendrían las declaraciones de tales personas en contra de otras y, en particular en contra de sus captores. Respecto de estas últimas, se dispuso por rescriptos (citados por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48,18,1,26)[39] que se analizara caso por caso si se les daba fe o no. Las declaraciones de un reo en contra de personas a quienes involucraba como cómplices, debían ser no sólo apreciadas, sino incluso propiciadas, mediante tormento, por el juez (PS 5, 14,1); en ciertos crímenes el juez podía incluso interrogar mediante tormento a los convictos (PS 5,16,13).

La sentencia se refiere, no a cualquier reo, sino a un *confessus*.[40] La dificultad que tiene en cuenta, no es la de interrogar a persona indigna, sino, de conformidad con las exigencias del procedimiento cognitorio, la de valorar el testimonio de una persona que no pudo, o no quiso, defenderse a sí misma, Concuerda en todo con el rescripto de Antonino Pío, citado por Modestino 3 *de poen.* D 48,18,16,1.

Au A, que se funda en el rescripto de Antonino Pío citado por Modestino. La regla fue recogida por Honorio y Teodosio (CT, 9,1,19,

[37] Mommsen, *Strafrecht,* pp. 402 y 403. La misma limitación se contiene en la *lex Iulia repetundarum* (Marcelo 3 *dig.* D 1,9,2), en las leyes de Augusto contra el adulterio (Paulo 2 de *adult.* D 22,5,18), si bien respecto de los condenados en los procesos previstos por esas leyes. De una manera general, la limitación la expresa Calistrato (4 *de cognit.* D 22,5,3,5): *ne... in reum testimonium dicere liceret... quique iudicio publico damnatus erit.*

[38] Caracala CJ 9,41,4 se refiere a *convictis confessisque;* Ulpiano 8 de *off. proc,* sin distinguir etapas procesales, habla de los *latrones.* En los supuestos fácticos de ambos textos, se pueden incluir tanto declaraciones de personas sometidas a proceso (*reus*), como de personas ya condenadas (*convictus*). PS 5,14,1 se refiere exclusivamente al sometido a proceso (*reus*), mientras que PS 5,16,13 al convicto *(reus convictus).*

[39] Caracala CJ 9,41,4 dice que las declaraciones no valen, a menos que existan otras pruebas que las acrediten. Ulpiano (*loc. cit.*) habla de unos rescriptos más completos (*pleniores*) que disponen que puede darse crédito a tales declaraciones.

[40] El *confessus* no era inmediatamente condenado, sino que seguía sometido al proceso y sujeto a custodia pública, Venuleyo 2 de *iud. publ.* D 48,3,5; Scaevola 4 *reg.* D 48,4,4 pr. Podía haber confesado sin aplicársele tormento (Ulpiano 9 *de off. proc.* D 48.22,6,2).

1): *Nemo igitur de proprio crimine confitentem super conscientia scrutetur aliena,* quienes fundan la regla en la *veteris iuris auctoritas.*

La frase final explicativa (*ne alienam desperavit*) contiene una razón de la regla similar a la que da Marciano 1 *delator.* D 49,14,18,3 para explicar que los condenados a minas no pueden presentar denuncias: que éstos se encuentran desesperados y pueden actuar por ligereza. CT (*loc. cit.*) da una explicación más detallada: que el reo puede tener interés en nombrar personas como cómplices para conseguir así una disminución de su pena, o para hacer que un enemigo suyo sea castigado, o para incriminar a alguna persona poderosa y alcanzar así la libertad.

F. El rescripto de Antonino Pío que, según la cita de Modestino, dice: *Is, qui de se confessus est, in caput aliorum non torquebitur;* esta redacción concuerda evidentemente con la parte preceptiva de la sentencia: *qui de se confessus est, in alium torqueri non potest;* la expresión *de se confessus* sólo aparece en esos dos lugares en el *Digesto.*[41] CT (*loc. cit.*), al hacer referencia a la regla fundada en la *veteris iuris auctoritas,* dice *de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia;* la presencia de la forma de *se confessus* es un indicio de que la fuente de CT es precisamente la sentencia o Modestino.[42]

1,12,7 (*ex* D 48,18,22) *Qui sine accusatoribus in custodiam recepti sunt, quaestio de his habenda non est, nisi si aliquibus suspicionibus urgueantur.*

S. Quienes son puestos en prisión sin haber sido acusados, no pueden ser interrogados con tormento, a no ser que sean incriminados por algunas sospechas.

O. Clásico. La sentencia se refiere a los que son detenidos (*in custodiam*[43] *recepti*), sin acusación previa, por el servicio de seguridad de la ciudad. En Roma, ese servicio se confiaba, en el Principado, al

[41] Según *VIR, s.v. confiteor* col. 914.

[42] La constitución de Honorio y Teodosio es del 6 de agosto de 426, y sólo tres meses después el mismo Honorio y Valentiniano dan la constitución (CT 1,4,3) en que confirman la validez de los escritos de, entre otros, Paulo y Modestino. Como en la frase final de esta constitución parece darse preferencia a las PS (*semper valere*), puede conjeturarse que la fuente de CT 9,1,19,1 sea la sentencia. Gradenwitz (citado por Berger, *Re s.v. Paulus* col.) piensa que esa frase es una interpolación de los visigodos, hecha en atención a la constitución anterior; pero esto no parece probable, pues si ya en la const. 2 se había hecho un elogio de las PS, ¿qué razón tendrían los visigodos para añadir otro en la const. 3? Es significativo que IT destaca la autoridad de Gayo, Papiniano y Paulo, y deja en segundo término a Modestino y otros.

[43] *Custodia* significa según Venuleyo 7 *stip.* D 50,16,224 siempre custodia pública; así también Labeón cit. D 4,6,9 *i.f.;* Calístrato 4 *cognit.* D 22,5,3,5.

praefectus urbi, y en las provincias a los magistrados municipales.[44] La sentencia posiblemente se refiere a estos últimos.[45] Durante el arresto, el magistrado encargado de la custodia de los reos debía interrogarlos, preparar un informe de su situación y remitirlos al magistrado con jurisdicción penal que correspondiera,[46] a fin de que ante éste se realizara el juicio respectivo, sea con acusadores, sea sin ellos y por vía cognitoria.[47]

Los detenidos, si eran esclavos, podían ser interrogados mediante tormento (*quaestio*).[48] Un caso especial fue el previsto por el sc. Silaniano (10 d.C.), que preveía el tormento de los esclavos para descubrir al homicida de su dueño; al respecto, PS 3,5,10 (*ex Appendix* 2, 16) dice que se deben interrogar por tormento a los esclavos sobre los que haya alguna sospecha (*qui in suspicione veniunt*). Pero desde los primeros años del Principado (ya en tiempos de Tiberio), se aplicó el tormento a hombres libres, especialmente por delitos de lesa majestad.[49]

En todo caso, el tormento no debía ser usado al comienzo de la instrucción, según ya lo había prescrito Augusto (citado por Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48,18,1 *pr*[50]); esta disposición fue entendida en el sentido de que eran necesarias algunas pruebas que incriminaran al detenido para poder proceder al tormento; así un rescripto de Adriano[51]

[44] Mommsen, *Strafrecht*, p. 299, 306 y ss.

[45] En las provincias orientales, los magistrados municipales encargados de la seguridad eran los *irenarchae;* en las provincias occidentales se mencionan al *praefectus arcendis latrociniis* y al *praefectus stationibus*, de quien dependen los *stationarii* (*cfr.* Ps 1, 6A, 3) Mommsen, *Starfrecht* pp. 307-308.

[46] Ver el rescripto de Adriano, citado por Marciano 2 *de iud. publ.* D 48,3,6, donde se precisa cómo han de hacerse los informes, interrogatorios, y el valor que han de tener en el proceso. Un ejemplo del proceder de estos magistrados lo proporciona *Hechos de los apóstoles* 16,18 y *ss.* a propósito de la detención de San Pablo y Silas en Filipos.

[47] El procedimiento penal acusatorio de época republicana, fue paulatinamente desplazado, sin llegar a desaparecer del todo por el procedimiento extraordinario o cognitorio sin acusación, introducido en el principado. Mommsen, *Strafrecht*, pp. 340 y 346.

[48] *Quaestio* significa, entre otras cosas interrogatorio por tormento. Ver Heumann-Seckel, *s. v. quaestio*. Ulpiano 7 (?) *at ed.* D 47,10,15,41 dice que por *quaestio* debe entenderse los tormentos que se infligen para averiguar la verdad.

[49] Para la aplicación del tormento a hombres libres, se distinguía entre *honestiores* y *humiliores;* a los primeros se les eximía; no obstante, en los delitos de lesa majestad no valía ese privilegio. El uso de este medio probatorio respecto de hombres libres no fue regulado con detalle; su aplicación dependía de la política de los emperadores. Ver Mommsen, *Strafrecht*, pp. 406 y 407.

[50] Este texto parece ser la fuente de PS 5,14,1.

[51] El nombre del emperador no se cita, pero puede conjeturarse, en tanto que

(citado por Ulpiano *ibidem* D *h.t.* 1.1.) dice que se aplique el tormento al esclavo, sólo cuando sea un reo al que otras pruebas incriminen.[52] PS 5,14,4 (*ex* D 48,18,18,2), más liberal, dice que no fácilmente se aplica el tormento cuando no hay otras pruebas, por lo que en tales casos se pide al acusador que las suministre. PS 1,12,7 refiere el principio, en cambio, al procedimiento cognitorio sin acusación. La infracción de esta regla debió ser frecuente, como lo demuestra el hecho de que varios emperadores insistieran en ella;[53] Dioclesiano mismo la repite (CJ 9,41,8,1).[54]

Au. A que refiere la regla creada por Augusto, verosímilmente en atención al procedimiento acusatorio, al procedimiento sin acusión generalizado en el siglo III. Es notable que la expresión *suspitione urgeri* que aparece en esta sentencia, se repite en PS 5,14,1, pero no aparece en el edicto respectivo de Augusto, ni en los rescriptos de Adriano, ni en el comentario que de ellos hace Ulpiano 8 *de off. proc.* D 48, 18.1. Tampoco aparece en las fuentes del derecho vulgar ni en el Código Teodosiano.[55]

1,12,8 (ex D 5,1,54) *Per minorem causam maiori cognitione praeiudicium fieri non oportet: maior enim quaestio minorem oausam ad se trahit.*

S. No se debe prejuzgar una causa mayor por una menor, ya que la mayor atrae hacia sí la menor.

O. Postclásico. En derecho clásico hay ciertas cuestiones que se ventilan en procesos especiales y que no pueden ser prejuzgados por otras cuestiones conexas. Así una petición de herencia, que se desahoga ante el tribunal de los centunviros, no puede ser prejuzgada por la sentencia de otro proceso en el que un acreedor de la herencia

en el parágrafo precedente se habla de una disposición de Augusto y de una epistola de Adriano, y en el siguiente de otro rescripto de Adriano. Coinciden D'Ors *et al. Digesto, ad. h.l.*

[52] Así también Caracalla CJ 9,41,3 que prevé el tormento de una mujer.

[53] Sugieren también abusos por parte de los magistrados municipales encargados de la policía, el rescripto de Adriano y los mandatos imperiales de Antonino Pío, cuando era gobernador de la provincia de Asia, citados por Marciano 2 de *iud. publ.* D 48,3,6, que dicen que no se les otorgue mucha fe a los informes que dan los policías municipales acerca de los reos que remiten para ser juzgados.

[54] Diocleciano se refiere a *iudicia publia;* en época clásica se denominaron así, los juicios ventilados ante tribunales especiales (quaestiones) y tramitados por el procedimiento acusatorio (Mommsen, *Strafrecht* p. 186 y *ss.*): como en tiempo de Dioclesiano, el procedimiento acusatorio es excepcional, la expresión *iud. publica* parece comprender los procesos criminales, cognitorios o acusatorios, en oposición a los juicios penales de carácter privado.

[55] Según *Ergänzungsindex s.v. urgeo.* y *Heidelberger Index s.v. urgeo.*

reclama el pago a uno de los presuntos herederos, por lo que si el juez de esta cuestión condena al presunto heredero a pagar, no se da por cierto que el condenado sea el legítimo heredero. Para evitar que se prejuzgue una causa, el pretor puede denegar la acción de una cuestión conexa en tanto se resuelve la principal, o puede decretar que se suspenda el conocimiento de una causa conexa incluyendo en su fórmula una excepción *(ne preaiudicium fiat)* que autoriza al juez a absolver si no se ha resuelto la cuestión principal.[55 bis]

El edicto pretorio contiene el título (Lenel XII) *quibus causis praeiudicum fieri* non oportet que enlista estas cuestiones que no pueden ser prejuzgadas por otras: el juicio de petición de herencia no puede prejuzgarse por la reclamación de alguna de las cosas de la herencia (Ulp. 14 *ad. ed.* D 5, 3, 5, 2); el juicio de propiedad no puede ser prejuzgado por un juicio sobre servidumbre (Ulp. 14 *ad. ed.* D 8, 5, 1); el juicio sobre la libertad de una persona no puede prejuzgarse por otro en que se reclama algo de esa persona cuya libertad está en duda (D 40, 12, 24 pr a 4).

Además suele suspenderse el conocimiento de una cuestión civil en tanto no se resuelva una cuestión criminal conexa.[56] Paulo en el libro 15 *ad. ed.* (D 48, 1, 2), que se refería a las cuestiones que no pueden prejuzgarse, distingue entre juicios públicos capitales y no capitales, por lo que conjetura Lenel, con razón, que la distinción se hace con el objeto de afirmar que sólo los juicios capitales no deben ser prejuzgados por juicios privados.[57] Hay, por otra parte, textos donde Paulo y Ulpiano hablan de casos en que un juicio público (o criminal) puede prejuzgarse por uno privado (Ulp. 56 *ad. ed. D* 47, 8, 2, 1; 57 *ad. ed.* D 47, 10, 7, 1. Paulo 55 *ad. ed.* D 47, 10, 6; 37 *ad. ed.* D 48, 1, 4), por lo que no puede aceptarse la existencia en época clásica de una regla general que dijera que los juicios públicos no pueden ser prejuzgados por los privados.[58]

Esta doctrina sobre la prejudicialidad se conservó, en términos ge-

[55 bis] Kaser, *ZPR*, pp. 184 y 185.

[56] Cicerón *de inv.* 2,20,59 habla de una *exceptio extra quam in reum capitis praeiudicium fiat*. Se discute si dicha excepción fue incluida en la redacción julianea del edicto (Lenel, *EP*, p. 140, n. 8), pero, en todo caso, es cierto que se suspende el conocimiento de cuestiones civiles ligadas con ciertas cuestiones criminales.

[57] Lenel, *EP*, p. 140. Lo acepta Kaser, *ZPR*, p. 185; Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, pp. 178 y ss., en cambio, considera que sólo ciertos procesos capitales *(crimen falsi, accusatio adulterii* y el *judicium ex sc. Silaniano)* conllevan la suspensión de cuestiones civiles conexas, pero no analiza el argumento de Lenel fundado en Paulo 15 *ad ed.* citado arriba.

[58] Asi Lenel, *loc. cit.*; Kaser, *ZPR*, p. 186; Raggi, *op. cit.*, p. 177.

nerales, en el ámbito del procedimiento cognitorio y aun en el del procedimiento postclásico.[59] Se conserva la idea de que las cuestiones relativas al *status* personal, a la propiedad, a la titularidad de una herencia y ciertas cuestiones criminales son preferentes;[60] pero para evitar que sean prejuzgadas, se acude, tanto en la *cognitio* como en el procedimiento postclásico, a la suspensión del conocimiento de las cuestiones conexas en tanto se resuelve la principal.[61]

La sentencia establece, como regla general, que las cuestiones *maiores* no deben ser prejuzgadas por las *minores*. Una regla así es desconocida en el derecho clásico,[62] y ni siquiera podría ser válida entendida en el sentido de que cuestión mayor es la criminal y menor la civil, como ya se ha visto. Hay un texto de Neracio (4 *membr.* D 44, 1, 21) en el que se explica cuándo un asunto de mayor importancia económica *(res maioris pecuniae)* es prejuzgado por otro, y otro de Calístrato (1 *ed. monit.* D 4, 1, 4) que dice que algunos juristas[63] no admiten la *in integrum restitutio)*, cuando, de ser concedida, quedaría prejuzgado un asunto de mayor importancia o cuantía *(maioris res vel summa)* por uno menor.[64] De estos textos, se puede inferir que la jurisprudencia clásica discutió el tema de la prejudicialidad entre asuntos de mayor y menor cuantía o importancia; pero no la existencia de una regla general como la que formula la PS.

La contraposición *minor/maior iudicio* parece haber sido más usada en el derecho postclásico, pero entendida no sólo en términos pecuniarios sino también en relación a la organización judicial establecida en el Dominado, con sus distinciones de rango entre los jueces, las sentencias y los asuntos. Se concibe, por una parte, como *maior* el juicio criminal, respecto del civil. Así, Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que cuando se interpone una cuestión civil conexa con otra criminal, sin distinguir si es capital o no, se debe posponer el conocimiento de la civil hasta que se resuelva la criminal por la razón de que lo que es de mayor importancia (lo criminal) se prefiere a lo menor (lo civil) *(maius merito minori praefertur)*. Más adelante Teodosio Arca-

[59] Kaser, *ZPR*, pp. 383, 396, 478 y 504; en este asunto, Justiniano no hizo reformas.

[60] *Idem*, pp. 383, 392 n. 7, 396 n. 46, 478 n. 19.

[61] *Idem*, pp. 383 y 478.

[62] Coinciden Kaser, *ZPR*, p. 186; Raggi, *Studi sulla impugnazioni civili nel processo romano*, I, pp. 176 y 177.

[63] Como Neracio parece haber tenido esa opinión, puede conjeturarse que es propia de los proculeyanos.

[64] No encontré más referencias de *causa* o *cognitio maior* en *VIR s. vv. causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).

dio y Honorio dispondrán (CT 9, 7, 7 = CJ 9, 9, 32 [392]) que una cuestión criminal ya iniciada, sin distinguir tampoco tipos de crímenes, no puede interrumpirse porque surja una cuestión civil conexa, por la razón de que las cuestiones de mayor magnitud se anteponen *(quae magnitudine superant praeponatur)*, o sea, lo dicen los emperadores expresamente, que la cuestión criminal pospone a la civil *(civilis actio criminali iure postpenatur)*. Pero también se llama *maior* el juicio de propiedad respecto del de deslinde (Constantino CT 2, 26, 3), el de mayor envergadura económica *(maior substantia,* Constancio CT 11, 36, 5), o el que se tramita ante el gobernador de provincia, en oposición al conocido por jueces inferiores (IT 2, 1, 8).[65] Sin embargo, no hay un texto, ni en el derecho vulgar,[66] ni en CT[67] que defina cuáles juicios han de ser considerados *maiores* y cuáles *minores*. Se trata, por tanto, de una diferencia que no tiene valor técnico ni legislativo.

Au. A pudo formular la regla general, a partir de un texto como los citados de Neracio o Calístrato. Este tipo de generalizaciones es característico de *A*. La mano de *A* también se advierte en el uso de la expresión *praeiudicium fieri non oprtet,* que es la usada en la rúbrica edictal correspondiente (Lenel XII), y en textos jurisprudenciales clásicos.[68] Todavía Diocleciano (CJ 7, 14, 14 y 7, 56, 3 y 4) usa el verbo *praeiudico*. En cambio, las constituciones imperiales posteriores a Diocleciano sobre esta materia usan otro lenguaje.[69] Constantino (CJ 3, 8, 4) dice que la cuestión mayor *praefertur;* Teodosio, Arcadio y Honorio (CT 9, 7, 7) dicen que la cuestión mayor *praeponatur* y que la civil *posponatur*. Este cambio terminológico indica un cambio en el entendimiento del problema: a los clásicos les preocupa que una causa se prejuzgue por otra, en el sentido de que la decisión de una influyera en la de la otra, y para evitar que una causa preferente se prejuzgara aconsejaban que, a veces, se suspendiera el juicio *(differere, sustinere iudicium)* de la cuestión conexa hasta que se resolviera la preferente (así Juliano citado por Pomp. 11 *epist.* D 49, 14, 35 y Mela citado por Paulo 51 *ad. ed.* D 40, 12, 24, 4); en otras ocasiones

[65] Constancio CT 11,7,8 se refiere a *iudices maiores*.

[66] Según *Ergänzungsindex s.v. maior*.

[67] Según *Heidelberger Index* s. v. *magnus* y *maior*. Aparte de los lugares citados se habla de *maior* o *minor iudicio,* sólo Teodosio y Valentiniano CT 2,3,1.

[68] Así, Ulpiano 14 *ad ed.* D 5,3,5,2; 56 *ad ed.* D 48,7,2,1; Juliano citado por Pomponio 11 *epist.* D 49, 14, 35 y citado, por Ulpiano 41 *ad ed.* D 37, 10, 3, 11, etc.

[69] La expresión no aparece en CT, según. *Heidelberger Index s.v. praeiudicium;* lo más cercano es *praeiudicium fieri non patimur* (CT 6, 4, 34 [408]), pero se refiere a que no se causa un perjuicio por vencimiento de un plazo judicial.

recomendaban introducir en la fórmula de la acción la *exceptio ne preiudicium fiat* (*hereditati* o *fundo*). Para la doctrina postclásica, que no considera las excepciones en el sentido formulario, todo el problema se reduce a decidir cuál causa debe juzgarse primero, o como dicen las constituciones imperiales citadas cuál *praefertur* o *praeponatur* y cuál *postponatur*.

La frase final *(maior enim...)* parece indicar que la cuestión menor se resuelve en la sentencia que decida la mayor, pero esto es ajeno tanto al pensamiento clásico como al postclásico.[70] Más bien parece ser una explicación de la regla definida en la primera parte. La idea de que una cosa mayor atrae una menor se da en la adquisición de propiedad por accesión (Paulo 21 *ad. ed.* D 6, 4, 23, 4: *mea res per prevalentiam alienam rem trahit)*, pero no aparece en otra fuente que trate sobre prejudicialidad.[71] Pudo ser una glosa.

1, 12, 9 *(ex.* D 48, 5, 42) *In crimine adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personae exhibeantur, aut iudex ex qualitate negotii motus hoc causa cognita permiserit.*

S. En el proceso criminal por adulterio no se concede ninguna prórroga, a no ser para la presentación de personas que puedan instruir la causa; pero el juez puede conceder más prórrogas, previa cognición de causa, en razón de la calidad del negocio.

O. La primera frase *(in crimine... est)* es de contenido clásico. En derecho clásico, cuando se litiga sobre el estado civil de un impúber que es heredero, se da, en atención al edicto carboniano, la posesión de los bienes hereditarios al impúber, previo otorgamiento de una garantía, y la controversia sobre el estado civil se difiere hasta que el impúber alcance la pubertad (D 37, 10, 1 §§ pr, 10 y 11; 3 §§ 1 y 2). A partir de esta disposición particular del edicto carboniano, parece que se llegó a formar la regla general de que todas las controversias que contienen una cuestión de estado civil de un impúber se difieren hasta que éste alcance la pubertad (Ulp. 47 *ad. ed.* D 37, 9, 7, 1: *omnes controversias quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri)*. Como una controversia de adul-

[70] El principio clásico de que por regla general la sentencia no produce efectos contra terceros, se mantuvo en el procedimiento cognitorio clásico y en el procedimiento postclásico. Kaser, *ZPR*, pp. 293-294, 396, 504.

[71] Según *Ergänzungsindex* y *Heidelberger Index s.v. traho* no hay otro lugar en las fuentes de derecho vulgar ni en CT donde se emplée en el sentido de que un juicio o causa atraiga a otro. Tampoco en el *Digesto*, según Heumann Seckel *s.v. trahere* y *VIR s.vv. causa* (cols. 677-681) y *cognitio* (cols. 783-785).

terio podía implicar la legitimidad de un hijo impúber, se preguntó si el juicio de adulterio podía diferirse por consideración al impúber. Papiniano *sing. de adult.* D 48, 5, 12, 9 respondió que no. Esta negativa a diferir el juicio de adulterio por consideración del impúber es lo que expresa la primera frase de esta PS, que coincide completamente con PS 2, 26, 17: *in causa adulterii dilatio postulata impertiri non potest.*

La frase concesiva *(nisi... exhibeantur)* refleja también derecho clásico, aunque está referida al procedimiento cognitorio. En el procedimiento criminal clásico, si pasado el periodo probatorio, la causa no resulta suficientemente clara, el tribunal puede ordenar que se abra un nuevo periodo probatorio en el que se presenten nuevas pruebas. Además en ese procedimiento no existía, por lo general, un plazo fijo para presentar pruebas. Esto hace ver que en este procedimiento no tenía sentido que las partes pidieran dilaciones para aportar nuevas pruebas. Pero cuando el proceso criminal se tramita en la forma cognitoria, ante un juez único, se deja de acudir a la instauración de nuevos periodos probatorios, y entonces pudo aplicarse la práctica de conceder dilaciones a las partes para traer nuevas pruebas.[72]

En el procedimiento cognitorio (por el que se tramitan causas civiles y criminales), la prueba documental fue adquiriendo importancia, por lo que se concedían [73] dilaciones a las partes para que pudieran presentar documentos, especialmente cuando éstos se hallaban en un lugar distante de aquél en que se ventilaba el juicio *(dilatio instrumentorum causa)*.[74] También se aceptó conceder prórrogas para la presentación de personas que pudieran instruir la cuestión,[75] lo cual sería más útil en un juicio de adulterio en el que difícilmente habría documentos probatorios.

La sentencia, en esta frase, contempla el caso de una dilación con el objeto de presentar una persona que pueda servir de testigo. En el procedimiento penal público, a diferencia del procedimiento privado en que los testigos acuden voluntariamente, el juez puede coaccionar para que los testigos se presenten,[76] si bien tenían que ser citados por

[72] Mommsen, *Strafrecht*, pp. 422, 423 y 433.

[73] Según Kaser, *ZPR*, p. 364 n. 21 y p. 389 n. 60, correspondía a los cónsules, en el principado, otorgar tales dilaciones.

[74] *Idem*, p. 389.

[75] En este caso se habla también de *dilatio instrumentorum causa* (Ulp. 1 *de off. cons.* D 50, 16, 99, 3) o de *dilatio personarum causa* (Diocl. CP 3, 11, 1).

[76] Kaser, *ZPR*, p. 145 n. 73 y p. 281 n. 46.

el mismo acusador.[77] Esta posibilidad de coacción explica el matiz imperativo *(ut personae exhibeantur)* que tiene la sentencia respecto de la presentación de testigos, el cual, en el procedimiento privado, sólo se explicaría respecto de esclavos o *allieni iuris*.[78]

La frase final *(aut iudex... permiserit)* refleja derecho postclásico. El emperador Marco Aurelio (citado por Ulp. 1 de *off. cons.* D 2, 12, 7) dispuso, seguramente por razones de economía procesal, que no se otorgara más de una dilación en cada juicio. Esta regla la menciona también *PS* 5, 16, 17 *(ex* D 2, 12, 10), aunque referida solamente a causas pecuniarias. Dioclesiano restringió más la concesión de dilaciones, pues dispuso que sólo se dieran cuando hubiera una razón grave *(ratio urgentissima)* y fuera necesario para la instrucción de la causa *(necessitas desideratae intructionis exegerit)*, y limitó su duración a tres, seis o nueve meses según que la provincia donde se hallaran los documentos o personas fuera la misma en que se litigaba, otra en el continente, o una provincia ultramarina. (CJ 3, 11, 1 [294]). Los títulos de CT (2, 7) y CJ (3, 11) que tratan sobre las dilaciones no contienen una afirmación de que se pueda dar más de una dilación en un juicio, por lo que puede suponerse que en el derecho de los siglos IV y V no se cambió la regla establecida por Marco Aurelio y precisada por Diocleciano.[79] Pero Justiniano abrió la posibilidad de que el juez concediera excepcionalmente más dilaciones, previa cognición de causa. Así lo dice D 2, 12, 7 itp.[80] que las permite en gracia a la utilidad de los litigantes *(utilitatis litigantium gratia)*, máxime cuando surge algo imprevisto *(maxime si aliquid inopinatum emergat)*. También *PS* 5, 16, 17 *(ex* D 2, 12, 10) habla de que pueden concederse tres dilaciones al reo y dos al acusador en un proceso criminal, previa cognición de causa. *PS* 1, 12, 9 dice que el juez, en razón de la calidad del negocio *(ex qualitate negotii)* puede conceder más dilaciones, también previa cognición de causa. Aunque las razones que se dan en estos tres textos

[77] La citación se llama *denuntiatio*. Kaser, *RE s.v. testimonium* col. 1049, quien sigue a Mommsen, *Strafrecht*, pp. 183, 408 y ss.

[78] *Exhibiere reos* (D 48, 3) también se usa en textos clásicos respecto de personas libres.

[79] Así opina Kaser, *ZPR*, p. 486.

[80] Faber, *Rationalia in Pandectas*, I, p. 149, fue quien por vez primera detectó la interpolación. Él señala la incongruencia de que el rescripto de Marco Aurelio sea corregido por un jurista, y hace ver que el autor de la interpolación conoció el rescripto de Diocleciano CJ 3, 11, 1, pues en la frase interpolada se hace alusión, como en el rescripto, a tener en cuenta el lugar del juicio *(secundum moderamen locorum)* para conceder la dilación. Ver *Ind. Int.*

para conceder más de una dilación difieren, todos coinciden en que la concesión tendrá que hacerse previa cognición de causa.

Au. De in crimine... exhibeantur. A. El recoge la negativa clásica a conceder una dilación del juicio en atención a un impúber (lo mismo que *PS* 2, 26, 17), y la combina con la posibilidad de alcanzar una *dilatio instrumentorum causa,* propia del procedimiento cognitorio clásico.

De *aut iudex... permiserit, D.* El contenido de esta frase es el mismo de la interpolación hecha por los compiladores en el citado texto de Ulpiano, y contraste abiertamente con la frace inicial *nulla danda dilatio est).* Es también indicativo de la autoría de *D,* el que las dos sentencias citadas sobre la materia que nos llegan por vía del Digesto hablan de la posibilidad de conceder más de una *dilatio,* en tanto que la otra sentencia referente al tema *(PS* 2, 26, 17), procedente del Breviario, no la admite.

Abreviaturas

CJ = *Codex Iustinianus* (edición de Krueger, *Corpus Iuris Civilis* II, 15a. ed., Dublín-Zurich, 1970).

CT = *Codex Theodsianus* (edición de Mommsen-Krueger, *Theodosiani libri xvi cum constitutionibus sirmondianis,* Berlín, 1962).

D = *Digesta iustiniani* (edición de Mommsen-Krueger, *Corpus Iuris Civilis,* I, 20a. ed., Dublín-Zurich, 1968).

D'Ors, Digesto = *El Digesto de Justiniano,* versión castellana por Álvaro d'Ors y otros, Pamplona, 1968.

D'Ors, *DPR* = D'Ors, *Derecho privado romano,* 5a. ed., Pamplona, 1983.

Ergänzungsindex = Levy, *Ergänzungsindex zu ius und leges,* Weimar, 1930.

ET = *Edictum Theodorici* (edición de Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes iuris romani enteiustiniani,* II, Florencia, 1909).

Gai. = *Gaii institutionum comentarii quattuor* (edición de Riccobono, Baviera, Ferrini, *Fontes iuris romani anteiustiniani,* II, Florencia, 1909).

Heidelberger Index = Gradenwitz, *Heidelberger index zum theodosianus mit Ergänzungsband,* 3a. ed., Alemania, 1977.

Heumann Seckel = Heumann Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht,* 11a. ed., Jena, 1907.

I = *Iustiniani Institutiones* (edición de Krueger, *Corpus Iuris Civilis*, I, 20a. ed., Dublín-Zurich, 1968).
Ind. Int. = Mitteis, Levy, Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar, I, 1929, II, 1931, III, 1935.
IP = *Interpreatio ad Pauli Sententias* (edición de Kaser, Schwarz, *Die Interpretatio zu den Paulussentenzen*, Köln-Graz, 1956).
Kaser, *ZPR* = Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966.
Krueger, *Collectio* = Krueger, Mommsen, Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, II, Berlín, 1878.
Lenel, *EP* = Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3a. ed., Leipzig, 1927.
Levy, *VR* = Levy, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationen recht*, Weimar, 1956.
Mommsen, *Strafrecht* = Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
Palingenesia = Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889.
PS = *Iulii Pauli, quinque sententiarum ad filium* (edición de Krueger, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, II, Berlín, 1878).
RE = Paulys, *Realencyclopädie der classischen Altertumwissen schaft*, Stutgart.
VIR = *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, Berlín, 1894.
Wieacker, *Textstufen* = Wieacker, *Textstufen klasischer Juristen*, Götingen, 1960.

O MANDADO DE SEGURANÇA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL, NO DIREITO BRASILEIRO

Arruda ALVIM

1. O mandado de segurança, no direito brasileiro, encontra suas mais remotas raizes, ou, os seus mais longinquos pressupostos, nas grandes coordenadas que informan, *ainda hoje*, o direito público ocidental. Referimo-nos, fundamentalmente, aos motivos históricos que conduziram o Ocidente a estabelecer e a viver dentro de um Estado-de-Direito.

Julgando possível identificar tais coordenadas, diremos que podem ser considerados o ângulo filosófico, o sociológico, e, como resultante, sobreposto a essas razões, o aspecto jurídico, ainda que se reconheça não seja esta uma visão plena da realidade, em si mesma, irredutível a u'a mera classificação.

Com a idealização do Estado de Direito, temos que, do ponto de vista filosófico, especificamente motivado por um sentimento até mesmo intensamente emocional (no seu nascedouro), o sentido de libertade representou uma concepção de liberdade contra o Estado, do que resultou a necessidade de se limitar a ação desse Estado, e, correlatamente, estabelecer quais as garantias de que os jurisdicionados seriam dotados, para, extravasando o Estado dos limites da legalidade, por ele mesmo, a si próprio, assinalados, pudessem aqueles recolocá-lo dentro de tal delimitação. Como perspectiva sociológica, temos que o Estado moderno implicou a ascenção da burguesia, e, correlatamente a queda da nobreza, e, por via de conseqüência, a instauração de uma nova ordem jurídica que: *a)* fosse afeiçoada aos interesses da burguesia; *b)* ainda que assim tivesse sido, o que se veio a perceber nitidamente, tempos depois, todavia, essa nova ordem incorporou aos sistemas jurídicos valores que, em maior ou menor escala, vieram a ser tidos como valores permanentes, vale dizer, como autênticos valores, dignos de permanência e resguardo, nos quadrantes da civilização ocidental. Dentre esses valores avultam os direitos individuais.

2. Conseqüentemente, a ordem jurídica estabelecida, a partir da Revolução francesa, possivelmente possa ser descrita como um sistema que se marcou, *essencialmente*, pelo primado da legalidade.

Não se ignora que, originariamente, por motivos manifestamente presentes, no limiar do século XIX, e, já advindos do século anterior, a configuração legal emprestada aos Estados foi a de tornálos pequenos, ou seja, *autenticamente 'ilhados'* no contexto social, de tal forma que, assim atrofiados, ñao houvesse 'perigo' para a burguesia. Certamente, com a evolução social, não se ignora que esse Estado (então, o Estado polícia), passou a ter grande ingerência na vida social, e, atualmente, haverá o modelo de Estado adotado pela maioria dos países, de ser designado como Estado social.

Sem embargo disto, entanto, as garantias individuais sobrevivem, e, por isto convivem com este novo Estado social.

3. No Brasil abriu-se espaço político para a cogitaçao de un remédio contra atos da administração pública com a instauração da República. Ainda que, no periodo precedente, no Império (1824-1891), não se possa dizer que fossem comuns violências contra os jurisdicionados, a circunstância de se tratar de um Império, certamente, obstou a que florescesse a aspiração a garantias individuais, na extensão em que estas vieram a ser obtidas com a proclamação da República.

Do ano de 1891, e, com a Constituição federal de 1891 (1ª Constituição da República), até a reforma constitucional do ano de 1926, utilizaram-se os brasileiros do instituto do *habeas corpus*, para a defesa de direitos individuais, *mesmo os de índole extra-penal*. A isto se denominou de doutrina brasileira do *habeas corpus*. A base legal para tal procedimento encontrava-se no art. 72, § 22, da CF 1891 que rezava: "dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder". As expressões genéricas de que se utilizou o legislador constitucional (coação, violência, ilegalidate e abuso do poder), habilitaram os Tribunais a uma interpretação extensiva, de tal forma que, direitos ou interesses extra-penais foram defendidos com fulcro nesse dispositivo constitucional. Assim, a vedação de ingresso em parlamento; a proibição, a alguém, para o exercício de determinada função pública; abrigar-se a posição do magistrado, indevidamente suspenso por autoridade do Executivo, etc., casos não propriamente penais e que só parcialmente afetavam a liberdade de locomoção eram hopóteses suscetíveis de defesa, via *habeas corpus*.

4. Em 1926 operou-se reforma constitucional no Brasil e esse art. 72, § 22, CF 1891 foi atingido, e, em sua redação se estabeleceu que o *habeas corpus* teria cabimento quando ocorresse violência, atual ou potencial, "por meio de prisão", ou, então, "constrangimento ilegal" de alguém "em sua liberdade de locomoção".

Reconduzido que foi o *habeas corpus* ao âmbito estritamente penal, *ipso facto*, cessou o tipo de proteção a direitos de índole extra-penal, antes localizado no *habeas corpus*.

Nessa época, *et pour cause*, assumiu, no Brasil particular vigor a tentativa de utilização dos remédios, *propriamente possessórios*, na defesa de tais situações, como secedâneo decorrente da inviabilidade de uso do *habeas corpus*.

Um número grande de juristas, todavia, anteriormente à própria reforma, e, sucessivamente a ela, já cogitava de um remédio *processual específico* que ensejasse, aos jurisdicionados, uma defesa contra a Administração, e, particularmente, uma defesa instantânea.

Esses juristas, portanto, representam uma verdadeira síntese das tendências, evidenciadas através de diversos rótulos, em que se cunhava a imprescindibilidade, sentida pelo país, na defesa pronta e eficiente, senão instantânea, dos direitos pessoais.

Esse remédio veio a ser consagrado na Constituição federal de 1934, em seu art. 113, nº 33, e, ulteriormente, veio a ser disciplinado em nível de lei federal ordinária, pela lei 191, de 16.1. 1936.

Marcavam essas previsões (constitucional e legal) a possibilidade de proteção *imediata*, em face do que se designava como *direito certo* e *incontestável*, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal, de qualquer autoridade; ensejar-se-ia ao jurisdicionado, que assim se sentisse lesado e o comprovasse desde logo, processo idêntico ao do *habeas corpus* (art. 113,§ 34, CF, 1934). E, na lei 191, em seu art. 8º, § 9º, desde que, na linha do texto constitucional, e, disciplinando-o, desde que fosse relevante o fundamento do pedido, e, ocorrendo lesão grave e *irreparável* ao direito do autor (= impetrante), o juiz haveria de, sendo-lhe solicitado, suspender, preliminarmente o ato, ou mandar que o mesmo fosse sobreestado.

Sucessivamente com o Código de Processo Civil de 1939, em nível de lei ordinária, veio o processo de mandado de segurança a ser disciplanado nos arts. 319/331, desempenhando fundamentalmente a mesma função.

Atualmente vige no Brasil a lei 1.533 de 1951, em que se disciplina o mandado de segurança, fora do sistema do Código de Processo Civil.

Em seu art. 7º, II, estabelece, basicamente, os mesmos requisitos do art. 8º, § 9º, da citada lei 191 e os do art. 324, § 2º do Código de Processo Civil de 1939.

Diga-se, ademais, que, em face da Constituição vigente no Brasil, se prevêem, tanto o *habeas corpus,* quanto o mandado de segurança, como garantias constitucionais, devendo-se salientar que o cabimento do mandado de segurança tem lugar "para proteger direito liquido e certo não amparado por *habeas corpus,* seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Vale dizer, há, preliminarmente, de se verificar, por exigência do próprio texto constitucional, se se trata, ou não, de hipótese de cabimento de *habeas corpus:* se ficar claro descaber *habeas corpus* (basicamente restrito à libertade total de locomoção), *ipso facto,* cabimento terá o mandado de segurança.

5. Pode-se dizer que, em termos práticos, ou quantitativos, o mandado de segurança tem precipuamente cabimento contra atos da Administração Pública. Vale dizer, contra atos administrativos dotados de *executividade, seja auto-executoriedade,* a ser diretamente realizada pela Administração Pública, seja, executividade a ser objetivada, pela mesma Administração Pública, por intermédio de solicitação ao Poder Judiciário.

Simplesmente, então, poder-se-á dizer que, em grande escala, o mandado de segurança funciona, na ordem prática, como um antídoto contra a executividade do ato administrativo.

Mas é necessário remarcar que, esse antídoto encontra sede, precisamente, na *medida liminar,* ou seja, na suspensão *in limine litis* do ato apontado como ilegal, que é o seu aspecto mais saliente, ou verdadeiramente essencial.

É processo de índole documental, vale dizer, é necessário que a ilegalidade venha retratada em documentos que já instruam totalmente o pedido inicial, inadmitida a produção ulterior de prova documental, ou, de qualquer outra prova, que não seja a documental.

A autoridade impetrada é ouvida e *prestará informações,* que valem, na realidade, como uma *contestação.*

Normalmente a ausência de contestação, no sistema do vigente Código de Processo Civil (art. 319), *poder* levar à veracidade dos fatos embasadores do pedido do autor, e, conseqüentemente, são grandes as *chances* de acolhimento do pedido do autor.

No entanto, esse dispositivo é inaplicável ao mandado de segurança, seja porque: a) tem processo próprio (lei 1.533/51), aplicando-se o

Código de Processo Civil somente subsidiariamente; *b)* seja, ainda, porque os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade (= legalidade), e, nem pelo fato de ter havido omissão da Administração Pública no processo de mandado de segurança, decairá ela dessa prerrogativa ou ficará esta desfigurada, com o que, então, deverá o autor (= impetrante) necessariamente provar, documentalmente, o seu direito, ou não obterá proteção.

6. A lei 1.533/51 (Lei do Mandado de Segurança) estabelece, em seu art. 5º, inc. II, o seguinte:

"Art. 5º. Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - ...

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas lei processuais ou possa ser modificado por via de correição".

Se formos nos cingir a uma exegese confinada ao direito processual civil, e, portanto, delimitada pelas normas infra-constitucionais, devemos consignar os seguintes aspectos relevantes.

No sistema de recursos estabelecido no Código de Processo Civil (art. 496), *por certo*, não se encontra elencado a mandado de segurança, que não é recurso, senão que, ai encontram-se, taxativamente, discriminados os recursos cabíveis das decisões judiciais.

Conseqüentemente, estando previsto e em sendo *cabível recurso, ipso facto*, incabível e, pelo art. 5º, 11, da lei 1. 533/51, o mandado de segurança.

Lê-se, ademais, no art. 5º, II, citado, que o despacho ou decisão judicial "possa ser modificado por via de correição".

Este 'instituto' da correição, mais completa e exatamente denominável de *correição parcial* pode ser considerado uma figura espúria no sistema jurídico brasileiro, senão inconstitucional.

Pelo sistema constitucional brasileiro cabe à união, exclusivamente (art. 8º, CF), a disciplina respeitante a *processo*. Ora, esse figura da *correição* é disciplinada, ou, mais precisamente, em realidade, *criada* por leis dos Estados-federados, através das suas leis de organização judiciária. Assim, pois, deve ser considerada inconstitucional, porquanto aos Estados-federados é vedado disciplinar assunto de processo civil dado que não têm competência constitucional a eles adjudicada.

No plano estritamente empírico, todavia, essa figura da *correição* (ou *correição parcial*) já preexistia ao vigente Código de Processo Civil, e, por certo, decorreu de expediente dos legisladores estaduais (dos Estados-federados), tendo em vista uma insuficiência do sistema recursal do Código de Processo Civil, de 1939.

No entanto, é medida inconstitucional, embora *tolerada*, ao longo dos anos e até hoje, pelos Tribunais.

Tenha-se presente, ademais que, nem pelo fato ou circunstância de uma *lei federal*, que é a Lei do mandado de segurança ter-se referido (simplesmente referido) à correição, que este fato tornaria essa medida, em si mesma, constitucional, mesmo porque, a correição tem feição própria em cada Estado-federado, e, em alguns, sequer de correição é denominada, senão que de reclamação.

7. No entanto, se sairmos *—como é imperativo—* dos limites da legislação ordinária ou infra-constitucional, verificaremos que, pelo texto constitucional a dimensão do mandado de segurança é amplíssima. Ou seja, alude-se a que, comparecendo uma *situação jurídica* do autor a que corresponda uma ilegalidade "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder", será esta sujeito passivo do mandado de segurança.

Assim, correlatamente a essa situação jurídica (ou seja, ao direito líquido e certo, a que se refere o art. 153, § 21, CF), há de corresponder uma ilegalidade ou abuso de poder, que poderá ter sido perpetrado, inclusive, pelo magistrado.

No entanto, como se verificou, existe um sistema recursal previsto para as diversas espécies de decisões judiciárias.

Recursos há, no sistema do Código de Processo Civil, no entanto, aos quais se negou o efeito suspensivo; vale dizer, proferida uma determinada decisão, ou sentença, esta deverá operar, imediatamente os seus efeitos, *porque assim o quis o legislador.*

O comportamento dos Tribunais brasileiros, no entanto, tem sido o de, em casos graves, e, em que se configura a lesão, possivelmente irreparável ao direito da parte, apesar de ter sido interposto um recurso, mas sem efeito suspensivo, se admitir o mandado de segurança, contra a letra expressa do art. 5º, II, da lei 1.533/51.

As hipóteses que normalmente têm comportado o mandado de segurança, contrariamente à letra desse art. 5º, II, citado, têm sido as seguintes:

1º) uma primeira regra a ser lembrada é a de que descabe mandado de segurança, contra a coisa julgada (pois, nesta hipótese, *seguer tem cabimento qualquer recurso*). No entanto, excepcionalmente, já tem sido admitido mandado de segurança, mesmo contra a coisa julgada, desde que decorra da eficácia da sentença transitada em julgado dano irreparável;

2º) o descabimento de mandado de segurança mesmo contra decisão judicial, *de que não caiba recurso com efeito suspensivo, mas desde que haia a possibilidade de dano irreparável,* caberá o mandado de segurança;

3º) *mais especificamente,* da decisão que decreta a falência não cabe mandado de segurança, porque a Lei Falimentar prevê recurso específico (que não tem, todavia, efeito suspensivo); *no entanto,* de se verificarem *danos irreparáveis* (porque o recurso de agravo de instrumento não tem efeito suspensivo), há decisões, *sob esse fundamento,* que têm admitido mandado de segurança;

4º) em casos de despejo ordenado por sentença, caberá mandado de segurança, pois o recurso de apelação, na hipótese não tem *ex lege* efeito suspensivo, sempre que o dano for irreparável.

8. Esta tem sido u'a maneira sábia de decidir, em que se coloca aos olhos e na mente dos juízes a possível lesão a valores mais graves. Abdicam, então, do que seria u'a mera interpretação literal e estritamente ligada ao texto legal e limitada ao direito infra constitucional.

Ocorre, no entanto, que, mesmo no plano dogmático geral do sistema, essa interpretação encontra respaldo.

E tal assim se passa porque, na verdade, o texto constitucional admite se compreendam, também os atos decisórios dos magistrados, porquanto é claro ao referir-se a "seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

9. Duas observações, entretanto, se impõem neste passo.

A primeira delas é que, na realidade, na maioria quantitativa das hipóteses em que se pretende utilizar o mandado de segurança contra decisões judiciais, o resultado prático e concreto das decisões, que julgam esses mandados de segurança é pela respectiva inadmissibilidade, precisamente à luz do art. 5º, II, da lei, 1.533/51, sem maior referência, na fundamentação, comumente, à ausência de uma situação jurídica (= direito líquido e certo), que seja digna, ou não de proteção. Quer isto dizer que, inadmite-se o mandado de segurança sob fundamento processual ou legal, do seu descabimento (art. 5º, II, da lei 1.533/51), pura e simplesmente.

A segunda delas, todavia, é a de que, em *situações processuais aparentemente iguais,* mas quando a situação jurídica (= direito líquido e certo) se apresenta como gravemente lesada, e, de reparação difícil ou inviável, admite-se, então, o mandado de segurança, *ja em função* de un julgamento favorável no mérito do mandado de segurança. Nesta segunda ponderação, acrescente-se mais o seguinte.

Comparece, no espírito dos juízes, a sensibilidade de terem de tomar uma providência diante de uma situação que se apresenta como gravíssima.

Para tanto, o que se passa é que há uma inconsciente subversão no modo (ortodoxo) de julgar. Quer dizer, examina-se *primeiramente* ou 'sente-se', desde logo, a *gravidade e a irreparabilidade da lesão*, o que é representativo de um exame do mérito do mandado de segurança. *Na medida e em função de tal gravidade, acaba-se, então, admitindo-se o mandado de segurança*, quando o usual e normal é que o juízo de admissibilidade seja desligado (= efetivamente desligado) do juízo de mérito, que lhe é posterior.

O *discrimen* entre as situações em que se inadmite mandado de segurança (representativa da grande masa dos pronunciamentos jurisdicionais, na espécie) e em que se admite mandado de segurança (inclusive, e, *principalmente* com medida liminar), é, em realidade, a gravidade da lesão, ou seja, é o mérito do mandado de segurança, com vistas à ilegalidade grave cometida e respectiva irreparabilidade, *ainda que* interposto recurso cabível, mas sem efeito suspensivo da decisão ou da sentença.

Segue-se, então, que é em função do mérito (= irreparabilidade e gravidade da lesão) que se irá, ou não, admitir o mandado de segurança.

Esses comportamentos diferenciados, diferentes por causa desse *discrimen*, que não se pode dizer ortodoxamente afeiçoado ao direito processual civil, uma vez ser sabido que, em qualquer ação, ou, em qualquer recurso, primeiramente, há que se examinar a respectiva admissibilidade, para, se admitida a ação ou o recurso, somente então, vir a cogitar-se do mérito ou fundo do litígio.

Do exame das diversas decisões, quer inadmitindo o mandado de segurança, quer, admitiendo-o *nessas hipóteses*, parece não haver uma plena consciência do que acabou de se dizer, que, na realidade, retrata o comportamento dos magistrados.

10. Parece lícito fixar-se que, *em regra*, não se haverá de admitir mandado de segurança de decisões judiciárias, porquanto são elas objeto de recursos, especificamente previstos.

Todavia, como foi visto, a regra do art. 5º, II, da lei 1.533/51 é *ignorada* diante de hipóteses reputadas graves e de reparação difícil ou inviável, se se viesse a realizar a eficácia daquilo que foi decidido ou sentenciado.

É certo que sendo esse o *discrimen* —gravidade e irreparabilidade da situação jurídica lesada por decisão jurisdicional—, o comportamento dos Tribunais brasileiros é marcado pela discricionariadade, cuja motivação reside no grau da ilegalidade e respectiva irreparabilidade, mesmo se houver recurso (sem efeito suspensivo) e mesmo se concretamente interposto. Quer dizer, o Tribunal examinará, sem uma prévia definição legal, *que inexiste*, se a situação jurídica, que se alega tenha sido lesada por decisão jurisdicional, configura a gravidade, suscetível de proporcionar a utilização do mandado de segurança.

Não é incomum, aliás, conferir-se através do mandado de segurança, e, precisamente, através de despacho liminar, *efeito suspensivo* a um recurso que, pelo sistema do Código de Processo Civil não tenha esse efeito. Quer dizer, empresta-se *efeito suspensivo* a um recurso que é, *ex lege*, despojado desse efeito.

Este modo de julgar, no entanto, é afeiçoado ao sistema como um todo, precisamente em nome e por causa da grandeza constitucional do mandado de segurança. Este que é 'ilimitado' comporta, no que diz com as autoridades que devem suportá-lo, que, dentre aquelas, se compreendam também os magistrados.

Este, porque não impõe limites as hipóteses de autoridades que podem ser sujeito passivo do mandado de segurança, pode também referir-se aos magistrados, tendo em vista justamente seu amplíssimo espectro de abrangência.

FIX-ZAMUDIO Y SU APORTACIÓN AL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Santiago BARAJAS MONTES DE OCA

Entre los juristas mexicanos de la época actual que se han ocupado de todas las ramas del Derecho Procesal encontramos en importante primer plano al doctor Héctor Fix-Zamudio, quien ha consagrado buena parte de su actividad académica por más de treinta años a dicha disciplina jurídica, la cual ha sido motivo de su especial atención y en la que ha impuesto innovaciones y orientaciones de profundo interés especulativo. Por razones de afinidad habré de ocuparme únicamente de sus estudios sobre Derecho Procesal Social y en particular de sus aportaciones al derecho procesal del trabajo.

En su ya extensa carrera como licenciado y doctor en Derecho, Fix-Zamudio inició sus inquietudes en el campo de la investigación jurídica, abordando con singular maestría la institución mexicana del amparo, de la cual ha hecho estudios especiales debido a dos circunstancias de su vida profesional: una el ingreso a muy temprana edad en el Poder Judicial Federal donde tuvo importantes cargos; otra, la orientación que recibió de dos destacados maestros mexicanos, el doctor don Felipe Tena Ramírez y el doctor don Mariano Azuela, constitucionalistas y amparistas de gran prestigio ambos, profesores de la materia y ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por largos años, quienes influyeron en su formación académica de manera decisiva.

Pero ya formado en el terreno de la justicia constitucional, su ingreso al Instituto de Derecho Comparado, hoy nuestro flamante Instituto de Investigaciones Jurídicas, al igual que su relación con el eminente profesor y procesalista español, el doctor don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, lo llevaron a incursionar en el campo del Derecho Procesal, habiendo producido también en este otro tipo de investigaciones, muy completos trabajos y estudios que actualmente representan una de las mejores contribuciones nacionales a esta disciplina, pues los

mismos han tenido reconocimiento en foros internacionales, y en congresos o actos académicos, en los cuales ha participado, en su calidad de ponente de nuestro país; así como por eminentes juristas de otras naciones, con quienes ha tenido permanente contacto, y autores que con frecuencia citan pasajes de su obra jurídica.

En el año de 1970 el doctor Fix-Zamudio fue invitado por la División de Estudios Superiores de nuestra Facultad de Derecho, para impartir el curso Derecho Procesal Laboral, presentando desde entonces varios trabajos, tanto sobre la naturaleza de las juntas de conciliación y arbitraje como sobre la naturaleza de los conflictos de trabajo y sobre el derecho procesal social. Ha preparado asimismo bosquejos que le han llevado a pensar en un texto de Derecho Procesal del Trabajo, bosquejos de los que dispongo por generosa concesión y en los que me he apoyado para ilustrar su pensamiento en esta moderna disciplina que forma parte del Derecho del Trabajo, ya instituida con autonomía en varios países y con avances significativos de su reconocimiento en el nuestro, desprendiéndola de la Ley Federal del Trabajo, como se apunta en reciente reforma.

Parte Fix-Zamudio en su análisis del proceso laboral del punto de vista de que, aun cuando la expresión *derecho social* resulta censurable con un criterio de pureza conceptual ,dicha expresión ha adquirido en nuestros días carta de naturalización científica, pues lo mismo se le utiliza para calificar las nuevas orientaciones jurídicas tutelares de las clases económicamente débiles de la sociedad, que como tendencia política hacia un reparto más equitativo de los bienes y de los valores.

Agrega que es cierto que todo derecho, por razón de serlo, es un derecho social *(ubi societas, ibi jus)*, con lo cual quiere significar una nueva dimensión jurídica, más humana, más justa, que penetra profundamente en la entraña misma de la naturaleza del hombre y abandona los esquemas abstractos y formalistas del derecho individualista y liberal. Considero de gran profundidad esta concepción suya sobre la socialización del derecho, porque la aleja de las doctrinas totalitarias y de la llamada tesis de la "racionalización del poder" que imperó, cuando se le quiso imponer como doctrina introductiva de la democracia social, orientada como en alguna ocasión expresó el doctor De la Cueva, hacia una nueva concepción humanista, pero ajena a toda sociedad que aspira a una vida decorosa y digna. Señala el doctor Fix sobre el particular, que si el derecho social estuvo en sus orígenes destinado a la materia laboral, la desbordó por completo, para integrar

nuevas disciplinas que lo mismo abarcan el arrendamiento urbano y rústico, que el derecho económico, el derecho agrario, el derecho civil y el derecho mercantil. De ahí que hoy formen parte del Derecho Social de modo destacado, disciplinas sustantivas que requieren de normas procesales inspiradas en los mismos principios de la justicia social, como el nuevo derecho del trabajo, el nuevo derecho agrario, el derecho burocrático y el derecho a la seguridad social o asistencial; ya que según su pensamiento, el delicado instrumento del proceso debe adecuarse a las necesidades de su objeto, a través de sus propias categorías, por constituir conforme a la idea de Piero Calamandrei, "el espíritu que se adapta al cuerpo."

Aceptemos por tanto que la socialización del derecho penetra cada día con mayor fuerza en los sectores laborales, máxime si se toma en cuenta que múltiples disposiciones legales encajan con más propiedad en las materias que integran el derecho del trabajo, que en las que técnicamente le son propias. Así por ejemplo: el derecho a la vivienda ha encontrado un desarrollo más coherente y completo en el ámbito laboral que en cualquier otro. La integración del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores (INFONAVIT), hermosa realidad nuestra, sólo encuentra justificación en la relación obrero-patronal y en la obligación que constitucionalmente se impuso de proporcionar habitación a los trabajadores en general, en forma combinada con los sectores público, social y privado.

La organización de sociedades cooperativas es otro sector que ha sido trasmutado del derecho mercantil a la materia laboral, en donde hoy encuentra plena justificación si se acepta que las cooperativas deben estar formadas con exclusividad por trabajadores, y deberán actuar sin ningún lucro mercantil. Y respecto de la seguridad social, para no ir más lejos, en la actualidad parte integrante del derecho del trabajo, ha adquirido importancia a grado tal, que está desbordando asimismo su contenido, para integrar nueva disciplina autónoma como ya lo piensan quienes la estudian en particular. Lo anterior nos confirma la idea del doctor Fix en cuanto al avance del derecho social, progresivo e imposible de detener.

* * *

Examinemos otra concepción particular del doctor Fix-Zamudio: su análisis sobre la naturaleza de los conflictos de trabajo. Hecho un examen previo del procedimiento de los conflictos individuales, de los

conflictos colectivos de naturaleza jurídica y de los conflictos colectivos de naturaleza económica, dedica mayor atención a estos últimos por considerar a los dos primeros ampliamente estudiados por varios autores mexicanos y ser poco lo nuevo que puede anotarse respecto de ellos. Así es que, no por omitir dicho examen, sino por la aportación que hace, me referiré a los últimos.

Se opone al criterio sustentado por el doctor Trueba Urbina en el sentido de que los conflictos de naturaleza económica pueden ser planteados por los trabajadores, pues dice que la realidad nos ha impuesto lo inverso, es decir, han sido únicamente los patronos quienes han llevado a las juntas de conciliación y arbitraje tales problemas, sea por exceso de producción, por falta de mercado, por incosteabilidad de los precios, por tener personal excesivo, etcétera; todas estas cuestiones de naturaleza económica, que dan pauta para el surgimiento del conflicto, y respecto de cuyos problemas tienen las juntas facultad amplísima, para modificar las condiciones de trabajo, que no admiten intervención de los trabajadores.

Estima que en materia de conflictos de índole económica existe grave error de perspectiva al confundirse la ley con el derecho, puesto que el juzgador al aplicar la ley puede crear el derecho. Nos dice que fue Kelsen quien puso de relieve la existencia de normas judiciales individuales o colectivas, creadas por la sentencia; la ley sólo establece el marco integrado por los destinatorios, y en caso de conflicto, es el juez quien da precisión a dicho marco. Para el doctor Fix el juez, en los llamados conflictos económicos, no inventa las relaciones de trabajo que deban imperar en el futuro, sino las fija dentro de lo establecido por las propias disposiciones legales, disposiciones que derivan del artículo 123 constitucional y de la Ley Federal del Trabajo, y conforme lo dispuesto por el artículo 17 de ésta, de la jurisprudencia, de la costumbre, de la equidad y de los principios generales del derecho o aquellos que provengan de la justicia social. Merced a las normas aplicables las juntas de conciliación y arbitraje se encuentran facultadas para disminuir las jornadas de trabajo, para ordenar la separación de algunos trabajadores, para ubicarlos en tareas diferentes a los que de ordinario realicen y se les permite contribuir a la reducción de gastos de las empresas cuando existe el peligro de que desaparezca la fuente de trabajo en su totalidad.

Considera, por esta razón, que toda situación planteada en un conflicto de naturaleza económica, si se aplican categorías procesales tal y como lo estima Carnelutti, el litigio respectivo se caracteriza por con-

vertirse en conflicto de intereses, calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro. Esa pretensión, que se lleva al proceso por conducto de la acción, busca, o bien una resolución judicial de interpretación, o en otro orden de situaciones, la aplicación de relaciones jurídicas pre-existentes, que para el propio Carnelutti son pretensiones declarativas y de condena, o que modifican la relación o situación anterior. En estos conflictos, ha agregado el tratadista Bayón Chacón, la pretensión constitutiva sólo puede ser colectiva.

En relación con el conflicto de naturaleza económica, dice por último el doctor Fix, se trata de conflictos de intereses jurídicos que dan lugar a un litigio que puede resolverse por autodefensa o por autocomposición, e inclusive, llevarse al proceso. Dentro de tal supuesto la pretensión respectiva puede dirigirse a una sentencia declarativa o de condena, o a una sentencia constitutiva, que en el proceso del trabajo da lugar a una sentencia colectiva. Estas sentencias son actos jurisdiccionales y no se les encuentra a medio camino, entre la sentencia y la ley.

* * *

Una tercera conceptualización personal del doctor Fix es la relativa al concepto d definición, extensión y contenido, del derecho procesal del trabajo. Para él esta disciplina se encuentra regida por los principios de la teoría general del proceso, aun cuando encuentra en ella lineamientos peculiares que permiten estimarla dotada de autonomía, entendida tal autonomía en su justo límite, dentro de las demás ramas del derecho procesal general. Se trata de una autonomía académica porque los debates en torno a la misma tienen enfoque distinto. Al proceso laboral se le distingue de las otras disciplinas laborales por formar parte del derecho procesal social, y predominar los principios procesales de disposición el inquisitivo, sobre el principio de compensación. Define por esta razón al procesal del trabajo como "la disciplina científica del derecho procesal general y social en particular, que se ocupa del estudio de los presupuestos, la forma, el contenido y los órganos del proceso laboral, en sus aspectos normativo, doctrinal y jurisprudencial."

En cuanto a lo que corresponde a la extensión de esta disciplina jurídica, considera que es necesario analizar previamente la naturaleza de los conflictos laborales en función del presupuesto del proceso res-

pectivo, como lo puso de relieve Carnelutti en su concepto de litigio, porque aun cuando dichos conflictos se presenten o surjan fuera del proceso y admitan composición fuera del mismo proceso, según el lenguaje carneluttiano, su naturaleza influye en el proceso mismo. El concepto de litigio —agrega el doctor Fix— eminentemente privatista según su creador, puede extenderse al proceso laboral, ya que Carnelutti lo consideraba, según se dijo, el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro.

Al abordar estos conceptos nos introduce, después de otras consideraciones que sería prolijo enumerar, al problema de las fuentes del proceso laboral y al del alcance de la supletoriedad, en el supuesto de las llamadas lagunas de la ley, casos no previstos tratándose de normas procesales laborales. Incluye como fuentes: el uso o costumbre, la equidad, los principios del derecho común en cuanto no contraríen las disposiciones legales y la interpretación de las normas procesales, y lleva a cabo un amplio examen de sus antecedentes históricos y su influencia posterior. Pero repetimos, no sería posible examinar este capítulo debido a la extensión y rigurosidad del trato que le da.

Interesa en cambio precisar el carácter jurisdiccional que otorga a las juntas de conciliación y arbitraje, cuestión para él ya superado, a pesar de la terminología que aún se mantiene, cuando se habla de *juntas, arbitraje* o *laudo* en lugar de *tribunales, proceso* y *sentencia*. Le interesa sobre todo la calidad de sentencia que tiene el laudo, al no requerir homologación, ni encontrarse precedido por una cláusula o convenio compromisorio y tener las resoluciones que pronuncian las juntas el carácter de ejecutivas en forma coactiva.

Respecto de la jurisdicción laboral analiza si ésta se agota en la fase del conocimiento, o si comprende a la vez la etapa de ejecución, por estimar que se divide la doctrina sobre el particular, ya que algunos autores hablan de dos procesos, uno de conocimiento y otro de ejecución, mientras otros consideran se trata de un proceso único, sólo dividido en dos procedimientos, pero bajo un mismo aspecto unitario. En suma, confirma para las juntas su carácter de tribunales del trabajo, con las características y facultades que la doctrina concede a todo tribunal judicial.

Y por lo que ve al contenido del derecho procesal del trabajo advierte la necesidad de examinar la relación procesal laboral, pues con independencia de la doctrina sobre la naturaleza del proceso a la cual nos afiliemos, no puede desconocerse que existe una relación jurídica procesal independiente, o al menos autónoma, de la relación substancial

de trabajo. Conforme a esta relación se debe examinar el elemento subjetivo y su desarrollo formal: el juzgador, las partes y los auxiliares, por un lado; la actividad procesal de las propias partes y el juez, por el otro. Pero además, se debe atender a la organización y competencia de los tribunales del trabajo; las facultades y obligaciones que les corresponden; la capacidad procesal de las partes y los participantes de la administración de justicia laboral. Y dentro de un tercer sector, las etapas del procedimiento: demanda, contestación, fijación de la litis, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y resolución.

Con referencia al juzgador, o sea las juntas de conciliación y arbitraje, el doctor Fix, excelente constitucionalista y procesalista, ofrece su particular versión de la actuación del constituyente. Sabido es que la intención de don Venustiano Carranza era expedir una ley federal del trabajo y no incluir normas laborales en la Constitución; sin embargo, al prevalecer la idea de incluir un nuevo capítulo de garantías sociales y dentro del mismo diversas cuestiones relativas al trabajo, se dio un sentido jurídico distinto a las fracciones XX y XXI del artículo 123, pues en la primera se habló no de juntas sino de *consejos de conciliación y arbitraje* formados por igual número de representantes de los obreros y los patronos y uno del gobierno; en tanto que en la segunda se dijo que si el patrono se negaba a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado a virtud del *escrito de compromiso* pactado, se daría únicamente por terminado el contrato de trabajo, quedando el patrono obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, más la responsabilidad que le resultase del conflicto.

Debían ser por tanto las juntas organismos de equidad y no de derecho, tal y como las reglamentaron algunos Estados de la República (Veracruz, Yucatán y Coahuila) y en forma más destacada los estados de México, Nuevo León y San Luis Potosí; sólo que en su actuación todas ellas, devinieron en verdaderos tribunales, y no en organismos constitucionales autónomos de justicia social, como lo pretendieron los constituyentes. ¿Por qué razón? Porque si nos atenemos al concepto de equidad como la justicia del caso concreto, como modo de aplicar la norma teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto, encontraremos que su carácter no pasa de ser un expediente de técnica legislativa para reparar las inevitables imperfecciones del texto legal. Pero si a la equidad se le atribuye el calificativo de general o social, como sucede cuando para definirla se parte de un sentimiento natural, común a todo un pueblo en un determinado momento histórico,

sentimiento que inclusive puede ser contrario a una norma de derecho positivo, considerada en sí misma, deberá aceptarse entonces que no existe obligación de aplicar la ley. Tal fue la idea original del constituyente, según lo considera el doctor Fix.

Ahora bien, si se apecta a las juntas como tribunales de equidad, atengámonos al criterio sustentado por la Organización Internacional del Trabajo, para quien todo procedimiento de equidad debe consistir en un mínimo de formalidades, en la gratuidad de los servicios y en la facultad judicial para la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, es decir, debe concederse al juez amplia libertad para interpretar las disposiciones legales y resolver con base en el criterio de justicia social. Conforme a este criterio ¿cuál es entonces el papel que corresponde a las juntas desempeñar? Para el doctor Fix el de aplicar la equidad, cosa diferente a tener la calidad de tribunales de equidad. Por ello para él son auténticos tribunales de derecho.

Terminamos este recorrido con las características que la ley vigente otorga al proceso laboral; a saber:

1ª Las juntas de conciliación, distintas a las de conciliación y arbitraje, ejercen hoy una función de avenencia respecto de las partes y sólo elevan su categoría a juntas de conciliación y arbitraje cuando resuelven conflictos que tienen por objeto el cobro de prestaciones cuyo monto no exceda de tres meses de salario.

2ª Se ha aumentado dentro de la jurisdicción de la junta federal de conciliación y arbitraje, el número de juntas especiales, fijándoles lugar de residencia y estricta competencia territorial.

3ª En relación con las anteriores juntas centrales de conciliación y arbitraje, se ha dejado a los gobernadores de los Estados y al Jefe del Departamento del Distrito Federal, la facultad de establecer juntas locales, a las cuales se fijará asimismo residencia y competencia territorial de acuerdo con las necesidades del trabajo y el capital.

Examinando estas reformas, el doctor Fix estudia en primer término la conciliación como fase potestativa de la resolución de los conflictos de trabajo, hecho que para él dio por terminada cualquiera controversia doctrinal y jurisprudencial respecto del carácter obligatorio o voluntario de la propia conciliación. A partir de la vigencia de la ley actual tanto los trabajadores como los patronos pueden acudir, si así lo desean, directamente ante las juntas de conciliación y arbitraje para dirimir

sus pretensiones, con lo cual se resolvió una duda que existiera en la jurisprudencia, en el sentido de dar oportunidad a unos y otros, de evitar un trámite innecesario. En la actualidad y debido a las recientes reformas procesales la conciliación ha quedado prácticamente sin valor alguno, lo cual significa el fracaso de la conciliación en nuestro medio judicial no obstante la importancia que tiene en la legislación de la mayor parte de los países.

Con esta reforma cree el doctor Fix que se aproxima el proceso laboral al proceso civil, ya que uno de los aspectos que se consideraron distintivos en ambas disciplinas lo era la importancia que se concedía a la conciliación en el derecho procesal del trabajo. En la actualidad se elude por las partes esta fase previa del proceso laboral y se acude directamente al arbitraje, ante la ventaja de tiempo y los resultados que se persiguen por ellas.

En cambio considera reforma muy importante la facultad otorgada a los representantes del gobierno en las juntas para actuar como verdadero *juez de instrucción,* no sólo por el hecho de la frecuente ausencia en las audiencias de los representantes del capital y el trabajo, así como en otros actos procesales, sino a la vez debido a que se ha evitado con ello la paralización del procedimiento de varios negocios en litigio. Evitar que la formación tripartita de las juntas perturbe su funcionamiento normal, salvo los casos de resoluciones especiales, constituye una positiva adquisición procesal, al permitir con la sola presencia del representante del gobierno continúen los procesos en su desarrollo normal y sin suspensiones o interferencias. Cabe distinguir —agrega— entre integración y funcionamiento para evitar alguna objeción de constitucionalidad; la integración de las juntas deberá serlo siempre en forma tripartita; en cambio su funcionamiento debe facilitarse para evitar estancamientos inútiles, muchas veces dolosos y destinados a presionar determinado tipo de soluciones.

Creo por todo lo expuesto que nos hemos alejado bastante del pensamiento que imperara en el constituyente y nos acercamos a la concepción de una justicia unitaria del trabajo, esto es, a la creación de jueces del trabajo como existen en casi todas las legislaciones laborales, en virtud de moverse las juntas en "terreno pantanoso" como en forma crítica lo señalara hace cincuenta años Vicente Lombardo Toledano, resultando necesario sea nuestro más alto tribunal de la República quien tenga con frecuencia que modificar muchas resoluciones y vicios procesales. Si a las juntas corresponde en buena parte la creación de normas de trabajo, sobre todo cuando aplican los contratos de trabajo,

y al hacerlo producen una sentencia constitutiva, o sea aquella que según Couture no se limita a la mera declaración de un derecho, o a establecer una condena para el cumplimiento de una obligación, sino crea, modifica o extingue un acto jurídico; tal facultad ha debido considerarla en su jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia, sólo que en forma limitativa. De cualquier manera, todo esto para el doctor Fix ha constituido un avance en el proceso laboral que debe contemplarse desde muchos puntos de vista, para apreciar sus ventajas e inconvenientes, aplicando lo correcto.

Considero haber proporcionado un esquema o visión panorámica del pensamiento del doctor Fix-Zamudio en el campo del Derecho Procesal del Trabajo, que justifica mi afirmación inicial: es tan amplia y completa la obra por él realizada que apenas puede exponerse una mínima parte de ella. Otros expositores, con mejores argumentos quizás, la lleguen a integrar. En lo personal anhelo para el doctor Fix mayores éxitos y reconocimientos nacionales e internacionales, que los que ya ha obtenido, pues su fecundo trabajo lo conducirá a confirmar, día con día, su bien ganado prestigio académico, tanto en México como en el extranjero.

Ciudad Universitaria, D. F., 22 de octubre de 1986.

LA IGUALDAD DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

José Carlos BARBOSA MOREIRA *

1. A lo largo de los siglos, mucho se ha discutido sobre la igualdad. El tema interesa a los filósofos, a los sociólogos, a los cientistas políticos, a doctrinadores de toda especie. La religión misma tiene algo que decir al respecto. No pueden olvidarlo, por supuesto, los juristas, los procesalistas, no más que los otros, sobre todo si el ordenamiento adopta, en términos explícitos o implícitos, una regla como la del artículo 125, I, del *Código de Processo Civil* brasileño, según la cual le corresponde al juez "asegurar a las partes igualdad de tratamiento", o si se considera que tal deber radica en el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

La igualdad fue el *leitmotiv* de varios movimientos de transformación de las estructuras sociales —y, por consiguiente, de las estructuras jurídicas—. No el único, es cierto; pero sí uno de los más sobresalientes, o por lo menos uno de los más a menudo invocados como tales, con sinceridad o sin ella. En las modernas "declaraciones de derechos" se le reserva casi siempre un lugar de relieve.

Sin embargo, la experiencia histórica enseña cuán ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad *in abstracto*. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad *formal*, que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la igualdad *material*, que tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales, *hic et nunc*, se ejercen los derechos y se cumplen los deberes. En muchas leyes modernas, el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente en algunas normas notoriamente destinadas a proteger ciertos intereses de personas que, a raíz de su inferior posición económica o social, corren el riesgo de sufrir un tratamiento injusto (obreros, inquilinos, etcétera).

Cabe observar que, aun en tales sectores, el mecanismo de la ley no siempre logra, por sí solo, compensar de modo satisfactorio las desigual-

* Profesor en la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

dades substanciales. La deficiencia de información jurídica, *v.g.*, tan frecuente entre los menos acaudalados, puede ser causa de que se vean privados de la adquisición o del goce de un derecho, al omitir ésta o aquella providencia cuya necesidad ignoraban, al dejar vencer un plazo del cual no estaban advertidos, y así en adelante. Si se añade que el intento de protección se manifiesta en un número limitado de materias, mientras en muchas otras las normas vigentes, en Brasil y en tantos otros países, suelen disponer sobre la conducta de los miembros de la comunidad como si la respectiva imposición produjera para todos ellos consecuencias equiparables, no es sorprendente que, en la hipótesis de someterse al juez un conflicto de intereses, las partes se hallen en una situación de flagrante desigualdad substancial, ya en el momento mismo de la iniciación del proceso. Sin embargo, tal fenómeno interesa más bien al derecho material, y de él no nos ocuparemos en este trabajo.

2. Eso no quiere decir que ningún problema de igualdad se plantee *in limine litis*, desde el punto de vista procesal, con respecto a la situación de las partes. Al contrario: la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. Es indispensable, ante todo, que ambos litigantes puedan nutrir alguna esperanza de vencer, y, más aún, que puedan confiar en la ventaja práctica de la victoria. La igualdad de las partes se traduce aquí, en primer término, por igualdad *de riesgos*.[1]

Imagínese, en efecto, un ordenamiento en que el resultado del proceso se tornara inmutable únicamente en el caso de rechazarse la demanda: vencido, el actor no podría jamás volver a intentar la acción; vencedor, quedaría sujeto a ver de nuevo puesta en duda la existencia de su derecho, tantas veces cuantas se le ocurriese al adversario contestarla. ¿Valdría la pena, bajo tales condiciones, la iniciativa de presentar una demanda? Muchos pensarían que no, y con buenas razones. Inviértase ahora la hipótesis, y luego se comprenderá que muy pocos demandados aceptarían gustosamente la idea de participar en un proceso cuya conclusión sería definitiva si favoreciera al actor; pero sólo provisoria en el caso contrario. Es cierto que se pueden señalar ejemplos de la subordinación de la cosa juzgada material al *eventum litis;* pero se trata de un fenómeno excepcional, que debe estar siempre cabalmente justificado por graves motivos de política jurídica.

[1] *Cfr.*, Bötticher, "Die Gleichheit vor dem Richter", en *Gleichbehandlung und Waffengleichheit — Überlegungen zum Gleichheitssatz*, Heidelberg-Hamburg-Karlsruhe, 1979, pp. 16-17; Laumen, *Das Rechtsgespräch im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, p. 122.

La exigencia de la igualdad de riesgos tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. Según las ideas modernamente predominantes, la importancia esencial de este problema consiste en el criterio que su solución suministra al juez para fallar en la hipótesis de permanecer dudosa la existencia de algún hecho relevante.[2] El órgano judicial necesita saber a cuál de los litigantes debe atribuir las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre. Ahora bien: constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuviera que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportara siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte.[3]

La sistemática adoptada suele revestir, por supuesto, cierta flexibilidad. La ley misma puede contemplar excepciones, invirtiendo la carga o permitiendo a las partes invertirla consensualmente. Con respecto a las inversiones legales, derivadas en algunos casos de presunciones *iuris tantum*,[4] importa subrayar que frecuentemente se inspiran en consideraciones de equidad, y así, en definitiva, tienden a hacer prevalecer la igualdad material sobre la igualdad formal. Por otra parte, muchos miran con sospecha a la admisión de la inversión convencional, en la que ven una ocasión de peligro para la igualdad material, ante la eventualidad de que el contratante económicamente más fuerte imponga al más débil una regulación capaz de privarlo de todas o casi todas sus posibilidades prácticas de defensa. Las leyes que admiten tales convenciones

[2] *Cfr.*, en la literatura latinoamericana, Palacio, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, t. IV, pp. 362 y 363; Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, 4a. ed., Bogotá, t. II, 1975, pp. 140 y 141; Fábrega, *Teoría general de la prueba*, Panamá, 1978, p. 159.

[3] *V.g.*, Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 281; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (argentina), artículo 377; *Código de Processo Civil* brasileño, artículo 333, *caput;* Código de Procedimiento Civil boliviano, artículo 375. La legislación de la República Federal de Alemania no contiene reglas sobre la repartición de la carga de la prueba, si bien que las consagrara el proyecto primitivo del Código Civil *(BGB): vide*, Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin-New York, 1975, pp. 277 y 278, donde se puede leer el texto respectivo.

[4] Sobre la relación entre ambos fenómenos, *vide*, Barbosa Moreira, "Las presunciones y la prueba", en *Estudios en honor de Eduardo J. Couture (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXIV, núm. 2, t: I), Montevideo, 1980, p. 302; o, en portugués, *"As presunções e a prova"*, en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, pp. 60 y 61.

buscan eliminar o atenuar ese inconveniente negándoles validez cuando tornen excesivamente difícil a cualquiera de las partes el ejercicio de su derecho.[5]

3. En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad *de oportunidades*.[6] Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones.[7]

Cuando otorga a los litigantes derechos y facultades, o cuando les impone deberes y cargas, la ley, por vía de principio, no hace distinción entre el actor y el demandado. Sería totalmente incompatible con la exigencia de igualdad, por ejemplo, reservar para uno de ellos, con exclusividad, la utilización de determinados medios de prueba o la interposición de recursos. Va de suyo que algunas diferencias de régimen derivan necesariamente de la diferencia de posiciones: es natural, por ejemplo, que la carga de impulsar el proceso sea más intensa para el actor, cuyo interés en la continuidad de la marcha procesal es mayor, por regla, que el del demandado. Así se justifica la existencia del artículo 267, nº III, del Código brasileño —que prevé la extinción del proceso en virtud de la omisión del actor, por más de treinta días, en realizar un acto o promover una diligencia que le corresponda—, sin la contrapartida de una disposición análoga respecto al demandado.

El principio de la igualdad de oportunidades orienta la interpretación de la ley procesal en puntos dudosos y su integración en el caso de lagunas. Según el artículo 508 del Código brasileño, el plazo para la interposición de un recurso (con dos excepciones expresas), y para responder a él, es siempre de quince días; ambas partes, por lo tanto, disponen de plazos iguales. Sin embargo, en la hipótesis de vencimiento recíproco, si uno solo de los litigantes recurre en el plazo normal, tiene el otro diez días para adherirse al recurso (artículo 500). Ahora bien: la

[5] Así, *v.g.*, el Código Civil italiano, artículo 2698 *(vide* al respecto Ferrucci, en Natoli-Ferrucci, "Della tutela dei diritti", libro VI, t. I, del *Commentario del codice civile*, Torino, 1962, pp. 289 y 290; De Lire, "Delle proves", libro VI del *Commentario teorico-practico al codice civile* dirigido por De Martino, Roma, 1971, p. 101), y el artículo 333, párrafo único, del *Código de Proceso Civil* brasileño, que lo imita *(vide*, en el comentario de Moniz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, Río de Janeiro, vol. IV, t. II, p. 102, la referencia expresa al *"principio da igualdade")*.

[6] A veces se le llama "igualdad de armas": en Alemania, por ejemplo, se habla de la *Waffengleichheit* (Bötticher, *ob. cit.*, p. 11). La expresión, a nuestro juicio, denota con demasiada fuerza una concepción "duelística" del proceso.

[7] "Paridade de direitos, deveres, faculdades e encargos", dice Hélio Tornaghi, *Commentarios ao Código de Processo Civil*, São Paulo, vol. I, 1974, p. 382.

ley nada dice sobre el plazo para responder a la adhesión. De aplicarse la regla del artículo 508, la otra parte dispondría, para la respuesta, de un plazo más largo. La preservación de la igualdad impone que se le concedan solamente los mismos diez días.[8]

A ciertas entidades, en cuanto partes, a veces se aplica una disciplina especial en algunos aspectos: *v.g.*, las personas jurídicas de derecho público y el Ministerio Público disponen, en el derecho brasileño, de plazos más largos que los concedidos a los otros litigantes (*Código de Processo Civil*, artículo 188). Se considera que tales privilegios están justificados por la complejidad de las cuestiones que los órganos públicos tienen que discutir y por la dificultad que suelen tener sus representantes en colegir los datos y elementos de prueba que necesitan. También aquí, por consiguiente, se trataría de sobreponer la igualdad material a la igualdad formal.[9]

4. Para garantizar la observancia de los principios enunciados, es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad *de tratamiento* por el órgano judicial. Esto exige, ante todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modelo previamente instituido por la ley para los procesos en general Una dosis razonable de "formalismo" es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material.[10]

Los sentimientos y emociones que naturalmente acometen al juez, en cuanto ser humano, pueden inducirlo a favorecer un litigante en desmedro del otro. A los efectos de prevenir el riesgo, la ley impone al órgano judicial el deber de abstención y otorga a las partes el derecho a la recusación, si las circunstancias hacen presumir que el juez difícilmente resistirá a la presión de sus propios intereses y deseos.

La técnica más difundida consiste en la enumeración taxativa de los supuestos, si bien que algunos ordenamientos prefieran adoptar una

[8] Así falló el *Supremo Tribunal Federal* en 12.12.1978, Recurso Extraordinario nº 89.566, en *Diário da Justiça*, de 19.12.1979, p. 1.064. *Cfr.*, en la doctrina, Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, vol. V, 1985, pp. 365 y 366 (con otras indicaciones en la nota 546).

[9] Sobre la extensión y los límites en que se debe reconocer legitimidad a estos "privilegios procesales", *vide*, Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, 1975, pp. 30 y ss., cuyas observaciones, en su mayor parte, merecen adhesión.

[10] Baur, "Funktionswandel des Zivilprozesses?, en *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1983, pp. 186 y 187.

fórmula genérica, susceptibles de abarcar la casi infinita variedad de la casuística.[11]

A diferencia de lo que sugiere una larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la "libre concurrencia", imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentencia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necesarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejerciendo los poderes otorgados por la ley, y respetando las garantías de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por él ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, uno de los litigantes. De lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaría benéfica para la otra parte. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa únicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a *una* de ellas.

5. Si el actor y el demandado tuvieran siempre las mismas posibilidades prácticas de utilizar eficazmente las oportunidades que la ley les concede en el proceso y de soportar sin dificultad los inconvenientes que éste ocasiona, bastaría la aplicación escrupulosa de los principios expuestos para resolver el problema de la igualdad. Pero varias circunstancias concurren a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes, y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el otro.

El factor más frecuente (y quizás el más grave) de disparidad entre las partes es, sin lugar a dudas, el económico. Cuando no le quita simplemente a uno la disposición para iniciar un proceso, por el temor de los gastos, la carencia de medios significa formidable inferioridad frente a un adversario más acaudalado, en muchísimas situaciones: piénsese,

[11] Así, por ejemplo, la *ZPO* de la República Federal de Alemania, § 42, II: *"wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen* (si existe motivo capaz de justificar la desconfianza en cuanto a la imparcialidad de un juez)". Aun la técnica enumerativa no prescinde de la utilización de "conceptos jurídicos indeterminados", como los de "interés directo o indirecto" y "relación de intimidad" (Código mexicano de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 170, núms. I y III), o los de *"amigo íntimo* e *inimigo capital" (Código de Processo Civil* brasileño, artículo 135, nº I).

por ejemplo, en la contratación de un abogado, en la necesidad de recurrir a los servicios de un detective particular o a otras fuentes de información para obtener pruebas, en la reproducción de documentos, en las diligencias para contactar testigos residentes en lugar ignorado o difícil acceso. La duración —casi siempre demasiado larga— del proceso ya constituye, de por sí, una gravísima desventaja para el litigante más pobre, y no pocas veces lo induce a un acuerdo que, normalmente, él no se inclinaría a aceptar.

Importan asimismo los desniveles sociales y culturales, con mucha frecuencia asociados a los económicos. Si una de las partes es más desenvuelta, se mueve con mayor naturalidad en el ambiente judicial, se expresa con mayor facilidad y precisión, su deposición producirá en el espíritu del juez, por regla, una impresión más favorable que la del adversario intimidado, perplejo, tartamudo. La ignorancia de la "jerga forense" puede representar un temible *handicap*;[12] aún peor es la del idioma en que se realizan los actos procesales.

En este orden de ideas, cabe aludir a la diferencia entre las personas que suelen demandar o ser demandadas con frecuencia (*v.g.*, empresas industriales y comerciales, sociedades aseguradoras, bancos, la administración pública) y aquellas que sólo casualmente, en ocasiones fortuitas, por no decir excepcionales, asumen la posición de parte en un proceso. Los "litigantes habituales" gozan, sobre los "litigantes eventuales",[13] de todas las ventajas inherentes a la organización: disponen de personal especializado, recogen la experiencia de procesos anteriores, mantienen en sus registros datos actualizados de doctrina y de jurisprudencia, y así en adelante.

Ahora bien, la suerte del pleito no debe depender de circunstancias extrajurídicas. El proceso no se hace para premiar al litigante más rico, más instruido, más inteligente, ni al que puede contar con los servicios del abogado más competente y más diligente, sino al que tenga por sí el derecho. En la medida en que es susceptible de desviar el itinerario procesal de su meta auténtica, la desigualdad material entre las partes introduce en el aparato de la justicia una deformación contra la cual el ordenamiento tiene que reaccionar con energía. Por consiguiente, es un deber del legislador crear mecanismos compensatorios, destinados, cuando sea necesario, a equilibrar las posibilidades concretas de las par-

[12] *Vide* al respecto, extensamente, Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied-Darmstadt, 1978, pp. 158 y ss.

[13] Así nos parece posible traducir, respectivamente, las expresiones alemanas *"Mehrfachprozessierer"* (o *"Vielfachprozessierer"*) y *"Einalprozessierer"*, que emplean autores como Laumen, *ob. cit.*, pp. 124 y 125.

tes, y es un deber del juez hacerlos actuar, en su caso, tan eficazmente como pueda.

6. La faceta económica de esta problemática plantea la tormentosa cuestión del costo del proceso. Desde el punto de vista del usario, la solución ideal sería naturalmente la gratuidad del servicio de justicia. Pero, entonces, los gastos indispensables para asegurar su funcionamiento tendrán que ser soportados por los miembros de la comunidad en general —lo que, bajo ciertas circunstancias, les someterá a una carga excesiva e injusta. Además, la exención universal de pago estimularía tal vez la litigación impensada, aumentando sin justo motivo el número de pleitos y perjudicando la calidad del servicio. Se entiende que deban contribuir para costearlo los litigantes que disponen de recursos, aunque no se pueda dejar de tener en cuenta la conveniencia de establecer límites razonables a las exigencias de este género.

Sin embargo, en la perspectiva de la igualdad, el gran problema es siempre el de asegurar a los desprovistos de medios el goce de los derechos relativos a la defensa *(lato sensu)* en juicio. Se trata de una garantía otorgada con frecuencia por disposiciones legales expresas y hasta por preceptos constitucionales;[14] pero escasamente operativa en la práctica, todo en los países subdesarrollados. Las leyes conceden a los necesitados, bajo ciertas condiciones, exención de las costas judiciales, mas el *punctum pruriens* es la obtención de servicios de abogado: nadie ignora los inconvenientes del sistema tradicional de su prestación gratuita por los profesionales;[15] las instituciones públicas creadas con tal fin no funcionan por regla general, de modo satisfactorio; la normal imposibilidad de una elección personal debilita la relación de confianza que debe existir entre la parte y su apoderado.

Distintas soluciones han sido propuestas y experimentadas en los últimos tiempos.[16] De un lado, se hacen esfuerzos para perfeccionar los procedimientos clásicos de asistencia a los litigantes pobres;[17] de otro

[14] Por ejemplo: artículo 153, § 32, de la Constitución de la República Federativa del Brasil.

[15] *Cfr.*, entre otros, Cappelletti, "Povertà e giustizia" en Giustizia e società, Milano, 1972, pp. 237 y ss.

[16] Para la exposición y el análisis de las principales, *vide*, Cappelletti-Gordley-Johnson, Jr., *Toward Equal Justice*, Milano-Dobbs Ferry, 1975; Baumgärtel; *Gleicher Zugang zum Recht für alle*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, pp. 128 y ss.; Denti, "L'evoluzione del 'legal aid' nel mondo contemporaneo" y "Patrocinio del non abbienti e acesso alla giustizia: problemi e prospettive di riforma", en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pp. 133 y ss., 161 y ss.

[17] Entre las más recientes reformas legislativas, cabe mencionar la francesa (Ley nº 72-11, de 3.1.1972), la alemana (Ley de 13.6.1980, que ha modificado los §§ 114

lado, se va difundiendo en esta materia, por lo menos en algunos países, la utilización del seguro, que hasta se ha sugerido tornar obligatorio.[18] Pero ni siquiera en las sociedades más desarrolladas es probable que se alcance pronto el *optimum*, ni mucho menos.

Las leyes a veces subordinan la realización de algún acto procesal al previo depósito, por la parte interesada, de una suma de dinero, a título de caución. La exigencia puede aplicarse o no a quienes hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos, según la extensión que a éste se atribuya. De todos modos, aun cuando no se trate de litigantes necesitados, dicha clase de disposiciones puede actuar en un sentido opuesto a la regla de igualdad material: la parte menos rica, en efecto, tendrá mayor dificultad en satisfacer el requisito y hasta podrá verse privada, en definitiva, del ejercicio de un derecho que al adversario no costará podemos estar seguros de que ambas partes dispongan de apoderados competentes y diligentes: creer que ésta sea la regla general, constituirá en definitiva, del ejercicio de un derecho que al adversario no costará mucho ejercer.[19]

Consideraciones hasta cierto punto análogas tienen cabida respecto a las conminaciones pecuniarias (añadase: de derecho procesal o de derecho material). Es una verdad de Perogrullo que ellas pueden carecer de todo valor intimidativo, sea en cuanto a los muy acaudalados, sea en relación a los desprovistos de medios: para aquéllos, la amenaza será insuficiente; para éstos, inútil. Los únicos verdaderamente amenazados serán los litigantes de recursos medianos, para los cuales pagar es una posibilidad, pero también un sacrificio. Quizás no sea factible prescindir de este género de conminaciones, mas hay que tener conciencia de la iniquidad que su utilización inevitablemente conlleva.

7. Volviendo ahora la mirada a los aspectos sociales y culturales, hay que tener en consideración que la mayor parte de las desigualdades en este ámbito debería ser suplida por la intermediación de los abogados, particularmente allí donde la ley impone que los litigantes sean representados por ellos. Al abogado le corresponde la función de "intérprete

y ss. de la *ZPO)*, la austriaca *(Zivilverfahrens-Novelle* de 1983, que a su vez ha modificado los §§ 63 y ss. de la *ZPO)*.

[18] Baur, "Armenrecht und Rechtschutzversicherung", en *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, pp. 89 y ss., o en *Beiträge* cit., pp. 285 y ss. *Vide* la discusión de la sugerencia en Baumgärtel, *ob. cit.*, pp. 140 y ss.

[19] En algunos países se observa una clara tendencia a la abolición de las imposiciones referidas en el texto: así, por ejemplo, en Italia, la Ley nº 793, de 18.10.1977, suprimió la exigencia del depósito para la admisibilidad del *ricorso per cassazione* y de la *revocazione* (artículos 264 y 398, nº 3, del *codice di procedura civile*, respectivamente).

entre el ciudadano y el juez"; [20] si la cumple cabalmente, puede sin duda atenuar en buena medida las barreras que aquél suele enfrentar en sus incursiones por el universo judicial.

Sin embargo, el pleito es un fenómeno esencialmente bilateral, y no un manifiesto exceso de optimismo. Ahora bien, si no todos los profesionales prestan servicios de igual calidad, y si la parte más rica o más poderosa tiene mejor probabilidad, de acuerdo con la normal experiencia, de contar con la colaboración de los más hábiles y prestigiosos, entonces la mediación del abogado a veces producirá más bien el efecto de agravar que el de ablandar el desequilibrio. Además, siempre existirán momentos de confrontación *directa* entre el litigante y el juez, en los cuales la asistencia del abogado, aunque psicológicamente confrontadora, no basta para prevenir o remediar todas las posibles dificultades de comprensión y de expresión —los "ruidos", según la terminología técnica, en la comunicación entre ambos.

8. Algunos ordenamientos modernos, aun para los casos de representación obligatoria por abogado, vienen otorgando al propio órgano judicial, en cierta medida, atribuciones "asistenciales" que configurarían, en la opinión de muchos, un verdadero "deber de protección" de la parte más débil, entendiéndose como tal no necesariamente y siempre la que pertenezca a una clase económicamente o socialmente más humilde, sino la que se halle *in concreto* en una situación de inferioridad en el proceso, no fundada en razones estrictamente jurídicas.[21] La asunción de semejante rol por el juez está justificada, por vía de principio, toda vez que la interpretación de las reglas sobre igualdad sobreponga el aspecto material de ésta a su aspecto formal; pero no dejará de plantear problemas —y algunos de difícil solución— en cuanto a los límites que tendrá que observar la actuación del órgano judicial para no incurrir en la tacha de parcialidad.

La función asistencial se ejercita, las más de las veces, por medio de comunicaciones del juez a las partes, acerca de las cargas que les corresponden y de las eventuales consecuencias de su incumplimiento. Queda en claro que no se trata de una *presión* sobre el litigante: el

[20] Baumgärtel, *ob bit.*, p. 115. *Cfr.*, entre otros, Schönfeld, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten*, Frankfurt am Main-Bern, 1981, p. 122: en muchos casos, la actuación del abogado compensa en parte el déficit de educación, de conocimiento jurídico, de desenvoltura.

[21] Como subraya Zettel, *Der Beibringungsgrundsatz*, Berlin, 1977, p. 178, *"wer jeweils der Schächere ist, ist nur und ausschiesslich aus der jeweiligen Prozessituation heraus zu beurteilen"* (sólo de la situación procesal específica se puede inferir quién es en cada caso el más débil); *cfr.*, Schönfeld, *ob. cit.*, p. 120; Laumen, *ob. cit.*,

órgano judicial no puede constreñirlo, ni mucho menos a actuar, mas sólo ponerlo en condiciones de resolver libremente si actuará o no, con plena conciencia de los corolarios de su opción, que en definitiva será respetada.

En la República Federal de Alemania, por ejemplo, el juez debe estimular las partes a expresarse sin reservas sobre todos los hechos relevantes, a formular las solicitudes apropiadas y a indicar los medios de prueba; para tal fin, cuanto sea necesario, le toca discutir con ellas las cuestiones de hecho y de derecho de la controversia. De otro lado, su decisión sólo podrá fundarse en un dato jurídico del cual una de las partes no se haya dado cuenta, o al cual haya negado trascendencia, si él le concede la oportunidad de manifestarse sobre la cuestión.[22]

La iniciativa oficial en la actividad de instrucción —a la que ya hicimos referencia— no constituye de por sí una manifestación auténtica del ejercicio de dicha "función asistencial": cuando el órgano judicial actúa para establecer la verdad sobre los hechos relevantes, alegados por las partes o susceptibles de consideración *ex officio*, simplemente busca adquirir conocimientos que le permitan resolver correctamente las *quaestiones facti* (y, en consecuencia, fallar con justicia) —lo cual no tiene cabida *únicamente* allí donde se plantee *in concreto* el problema de la desigualdad—. Pero es obvio que la actividad *ex officio* del juez en esta materia puede indirectamente servir a la corrección de desequilibrios debidos a la escasa diligencia del apoderado de una parte. Debe quedar en claro, sin embargo, que no se trata aquí de una actividad "substitutiva", con la cual el órgano judicial asumiría el papel —que le es evidentemente extraño— de abogado.[23] El juez no investiga *por el litigante* ni *para el litigante*, sino *por sí mismo* y *para el proceso*, y eso no cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz.

Otra posibilidad digna de referencia consiste en otorgar funciones asistenciales al Ministerio Público. En el proceso civil, este órgano suele actuar sobre todo en calidad de *custos legis*, en pleitos concernientes a relaciones jurídicas indisponibles o afectadas de un interés público. Su participación en la actividad procesal —si no se ciñe, como a veces hay

[22] *ZPO* §§ 139, 1, y 278, 3. *Vide* al respecto Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982; Zettel, *ob. cit.*, pp. 128 y ss.; Wassermann, *ob. cit.*, pp. 110 y ss., Schönfeld, *ob. cit.*, pp. 158 y ss.; Laumen, *ob. cit.*, pp. 157 y ss.

[23] Lo pusimos de resalto en más de un trabajo anterior: *vide*, por ejemplo, Barbosa Moreira, "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, en *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, p. 158, o en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Terceira Série, 1984, pp. 83 y 84.

razones para temer que suceda, al cumplimiento ritual de una formalidad— puede sin duda concurrir para mitigar la desigualdad material entre los litigantes.

9. La situación "clásica" de disparidad de fuerza en el proceso es la que contrapone un individuo (persona física) a un adversario que disfruta las ventajas de la organización unidas a la superioridad de recursos económicos o a la influencia política. En este caso están, por ejemplo, las grandes empresas y la administración pública.

Es difícil remediar el desequilibrio en un proceso así estructurado. Empero, a veces se puede flanquear el problema abriendo al proceso la posibilidad de estructurarse de modo distinto. Eso se consigue introduciendo cierta dosis de flexibilidad en los criterios tradicionales de la legitimación para obrar, a los efectos de permitir que, en lugar del individuo, asuma la posición de parte, intentando acciones, una entidad capaz de equipararse al adversario (o de aproximarse más a él) en organización y en poder económico o político.

La utilización de esta técnica tiene cabida, desde luego, cuando el individuo pertenece a un grupo bien definido de personas con intereses comunes (*v.g.*, obreros de una misma categoría, funcionarios públicos, miembros de una clase profesional), y existe una asociación legalmente incumbida de la defensa de tales intereses (*v.g.*, un sindicato). Mas hay también lugar para ella en el ámbito de los llamados "intereses difusos", caracterizados por la indeterminación de los titulares y por la indivisibilidad del objeto: así, por ejemplo, la "acción civil pública" del derecho brasileño, destinada a promover la responsabilidad por daños al ambiente, a los intereses del consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, puede ser intentada por cualquier asociación que esté constituida por lo menos hace un año e incluya la protección a dichos intereses entre sus fines institucionales.[24]

10. La realización perfecta del ideal de igualdad —en el proceso y fuera de él— es y será siempre una utopía. Pero semejante convicción no ofrece una disculpa válida a quienes, pudiendo actuar en el sentido de promoverla, prefieren omitirse. Si es cierto que no se logrará jamás eliminar completamente la desigualdad material entre las partes, también es cierto que no estamos autorizados a conformarnos pasivamente con la perversa desfiguración que ella imprime en el funcionamiento del mecanismo judicial.

La conciencia ético-jurídica de nuestro tiempo exige la superación

[24] Ley núm. 7.347, de 24.8.1985, art. 5º, *caput, fine*.

de esquemas puramente formales. Aun en el universo anglosajón, tan apegado al *adversary system*, despunta en los espíritus menos rutinarios la idea de que un proceso es algo distinto de una competición deportiva y no debe ser regido por principios idénticos:[25] en otras palabras, para asegurar el buen resultado, no basta con poner los litigantes cara a cara y dejarlos luchar con las armas que tengan, bajo la fiscalización de un juez preocupado exclusivamente en prevenir o reprimir las eventuales infracciones de las reglas del juego.

Para los juristas del sistema romano-germánico, al cual se afilian los ordenamientos del occidente continental europeo y de Latinoamérica, desde hace mucho tiempo son familiares estas nociones. Sin embargo, una cosa es la enunciación solemne de principios, otra muy diferente es la respectiva aplicación *in concreto*. En la mayoría de nuestros países, una distancia inmensa separa lo que hacemos en el proceso de lo que sabemos que se debería hacer en él.

Muchos factores, como nadie ignora, contribuyen para tan melancólica situación. La carencia de recursos financieros está, por supuesto, entre los más sensibles: no hace falta destacar su parcela de responsabilidad por las deficiencias de los servicios oficiales de asistencia jurídica a los necesitados. Hasta los países más desarrollados se dan cuenta de la imposibilidad de proporcionar a las personas desprovistas de medios, con toda la amplitud deseable, el beneficio de la defensa judicial gratuita.[26]

Creemos haber dejado en claro, a lo largo de nuestra exposición, que no se logrará jamás suprimir o reducir la desigualdad material de las partes sin que el órgano judicial asuma decididamente un papel más activo en el proceso. Casi todos, en los tiempos modernos, se declaran de acuerdo, a propósito de éste y de otros temas, en reconocer semejante necesidad; la paradoja consiste en que, a pesar de ello, las más de las veces, las cosas siguen pasando, en la práctica de los juzgados, como si aún viviéramos en otra atmósfera cultural. Basta, por ejemplo, una mirada a la actividad de instrucción: es un fenómeno universal, por decirlo así, la escasez de iniciativas probatorias oficiales.[27]

[25] *Vide*, por ejemplo, Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1973, pp. 80 y ss. Una magnífica exposición crítica de los presupuestos ideológicos del *adversary system* puede leerse en Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979, pp. 259 y ss.

[26] *Cfr.*, Denti, "I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative", en *Riv. di dir. proc.*, vol. XXXV, 1980, p. 424.

[27] *Vide*, en cuanto a Italia, los resultados de la pesquisa realizada bajo la dirección de Denti, en *Le prove nel processo civile*, Milano, 1973, pp. 13 y ss. *Cfr.*, respecto

En ciertos casos, la abstención está justificada por un exceso de trabajo que apenas le permite al órgano judicial cumplir —muy imperfectamente— lo mínimo indispensable al avance de los procesos. Otras circunstancias desfavorables pueden quitarle al juez el estímulo hacia una conducta más emprendedora. No se debe ignorar, por lo demás, el coeficiente personal: los jueces son seres humanos, sujetos, en cuanto tales, a mecanismos inhibitorios de toda suerte, desde el temor exagerado de parecer parcial hasta la sencilla y vulgar pereza.

Advertir esa multiplicidad de obstáculos no constituye una manifestación de pesimismo. La lucha por la igualdad, como toda lucha, requiere una estrategia, y no hay estrategia posible sin la identificación de las fuerzas adversas. Va de suyo que aquí no podríamos aventurarnos a un inventario completo, ni muchos menos. Sólo quisimos atraer la atención de nuestros lectores para algunos puntos salientes de la problemática. En pocas ocasiones, hasta ahora, se trató de profundizar la investigación en este campo. Pero los tiempos parecen maduros para una tentativa consistente. La causa de la igualdad es digna del esfuerzo.

a la República Federal de Alemania, Zettel, *ob. cit.*, p. 181; en lo que hace a Austria, Fasching, *Zivilprozessrecht*, Wien, 1984, p. 315.

WIEDERKEHR DER EVENTUALMAXIME?

Fritz Baur *

Die lange Geschichte des Zivilprozeßrechts ist begleitet von der Klage über die lange Dauer der Prozesse, die Prozeßverschleppung. Diese Klagen sind weltweit, mögen auch die Ursachen in den einzelnen Staaten verschieden sein. Sie werden vor allem in der ungenügenden Ausstattung der Gerichte mit personellen und sachlichen Mitteln, in der Herrschaft der Parteien über das Verfahren und in der schleppenden Prozeßführung durch die Gerichte wie durch die Parteien gesehen. Die vorgeschlagenen und gelegentlich auch realisierten gesetzgeberischen Abhilfemaßnahmen sind mannigfaltig; eine dieser Maßnahmen ist die zwingende Beschränkung des Parteivorbringens und der Parteivorträge auf bestimmte Abschnitte des Prozesses, insbesondere auch die Verweigerung des *ius novorum* in der Rechtsmittelinstanz. Um der damit verbundenen Präklusionswirkung zu entgehen, waren die Parteien gezwungen, ihre Anträge und Sachdarstellungen "in eventum", d.h. unter Berücksichtigung aller denkbaren Rechtsgrundlagen vorzutragen. *James Goldschmidt* bringt in seinem "Zivilprozeßrecht" (2. Aufl. 1932) S. 46 folgenden Spottvers, der die Eventualmaxime kennzeichnen soll: "Erstens gabst Du mir kein Geld, alles ist nicht wahr. Zweitens war's zurückgestellt schon vor einem Jahr. Drittens hast Du mir erklärt, es sei mir geschenkt. Viertens aber ist's verjährt, und der Eid, er hängt."

Der Eventualmaxime wurde vorgeworfen, daß sie den Prozeßstoff aufblähe und damit die Gerichte belaste und zu einer Prozeßverlängerung führe; denn die einzelnen Abschnitte des Verfahrens seien streng getrennt und könnten nur in exakter zeitlicher Reihenfolge behandelt werden.[1] So zeigte es sich jeweils bald, daß die Eventualmaxime als Folge strenger Präklusionsvorschriften keineswegs den beabsichtigten Verkürzungseffekt hatte, sondern das Verfahren noch

* Dr. iur. Dr. iur. h. c. Prof. an der Universität Tübingen.

[1] Damrau, *Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877*, 1975, S.148 ff.

umständlicher und langwieriger gestaltete. Ja, die Eventualmaxime wirkte geradezu als prozessuales Schreckgespenst, das man keineswegs goutieren durfte. Daher mußte der Gesetzgeber, wenn er Baschleunigungsmaßnahmen anordnen wollte, sich immer gegen den Vorwurf wehren, er führe damit die —inkriminierte— Eventualmaxime wieder ein.[2] Insgesamt ein groteskes Bild: Die Konzentration des Prozeßablaufs auf bestimmte Abschnitte bewirkt nicht eine Beschleunigung, sondern —infolge des eventuell gestaffelten Parteivortrage— eine Komplikation und Verzögerung des Prozesses. Die als Beschleunigungsmittel gedachte Eventualmaxime verhindert auch Künftige anderweitige Beschleunigungsmaßnahmen, weil ihnen vorgeworfen wird, ihr Ergebnis sei letztendlich wieder die Eventualmaxime.

Dem Österreicher *Franz Klein* ist es bekanntlich als erstem gelungen, diesen Teufelskreis zu durchbrechen, und zwar nicht nur in seinen wissenschaftlichen Veröffentlichungen, sondern auch durch deren Realisierung in der Praxis, vor allem in der österreichischen ZPO von 1895.[3] Auch in Deutschland wurden ähnliche Versuche unternommen, vor allem durch die sog. Emminger-Verordnung von 1924;[4] sie brachten gewisse Fortschritte, so durch eine Stärkung der Stellung des Richters, die Schaffung des Einzelrichters auch beim Landgericht und den Zwang, die Berufung zu begründen. Ein durchgreifender Erfolg blieb dieser Reform aber aber versagt, und zwar vor allen deshalb, weil die angestrebte Verfahrenskonzentration nicht durch zwingende Maßnahmen sanktioniert war.

Die Bestrebungen, eine wirkliche Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, verstärkten sich nach dem zweiten Weltkrieg. Den ersten Erfolg brachte ein beim Landgericht Stuttgart praktiziertes Verfahren (sog. "Stuttgarter Modell"), das durch meine Schrift "Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß"[5] und durch rechtstatsächliche Erfahrungen über die Dauer der Prozesse und die Ursachen der Verzögerung vorbereitet war.[6] Die mit diesem Modell —das auch im Ausland Beachtung fand— erzielten Verbesserungen im Verfahrensablauf veranlaßten auch den Gesetzgeber,

[2] *Charakteristisch etwa: Entwurf einer Reichszivilprozeßordnung,* 1931, S. 251 ff.

[3] S. Dazu Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts,* 1984, Rn. 34 ff; Baur, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß, ÖJBl.* 1970, 445 (= Baur, *Breiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht,* 1983, 135), je m.w.N.

[4] Dazu Goldschmidt aaO S. 20 f.

[5] (= Baur, *Beiträge,* S. 223 ff).

[6] Literaturnachweise s. bei Jauernig, *Zivilprozeßrecht,* 21. Aufl. 1985, § 28; Baur, *Zivilprozeßrecht,* 5. Aufl. 1985, Rn. 51 a.

dieses Modell allgemein zur Grundlage einer Reform zu machen, mit dem Ziel einer Verfahrenskonzentration und Beschleunigung der Prozesse. Ergebnis der gesetzgeberischen Arbeit ist die sog. Vereinfachungsnovelle [7] von 1976.

Im Zusammenhang mit unserem Thema soll die Neuregelung des Verfahrens in der ersten Instanz, insbesondere der mündlichen Verhandlung kurz skizziert werden. Dem Gesetz schwebt als Ziel vor daß der Rechtsstreit in *einem* —umfassend vorbereiteten— Termin zur mündlichen Verhandlung erledigt, das Verfahren also auf diesen *einen* Termin zur mündlichen Verhandlung konzentriert wird. Um dieses Ziel zu erreichen, sieht das Gesetz zwei Wege vor: *Entweder* wird ein früher erster Termin bestimmt. *Oder* der Vorsitzende veranlaßt ein schriftliches Vorverfahren mit dem Ziel eines Schriftsatzwechsels. Erst nach Abschluß dieses Vorverfahrens wird der "Haupttermin" angesetzt. Sowohl bei der ersten wie bei der zweiten Alternative hat das Gericht von sich aus die ihm notwendig erscheinenden vorbereitenden Maßnahmen zu treffen, also z.B. die Parteien zur Vorlage von Urkunden aufzufordern, die Begutachtung durch Sachverständige zu veranlassen order das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Man kann insgesamt feststellen, daß der Ablauf des Prozesses bis zur mündlichen Verhandlung ausschließlich in der Hand des Gerichts liegt. Dies gilt auch für den weiteren Fortgang des Verfahrens. So sind z.B. Vertagungen mit Einverständnis der Parteien ausgeschlossen; nur das Gericht kann vertagen und dieses nur aus wichtigen Gründen.

Das Ziel, den Prozeß möglichst nach *einer* gut verbereiteten mündlichen Verhandlung abzuschließen, soll durch eine echte Sanktion von Verstößen gegen die *Prozeßförderungspflicht der Parteien* erreicht werden. Die Sanktion besteht darin, daß die säumige Partei mit ihrem verspäteten Vorbringen, also mit Angriffs— und Verteidigungsmitteln ausgeschlossen wird (sog. *Präklusion*). Im einzelnen ist diese Sanktion für verspätetes Vorbringen verschieden, je nachdem ob eine vom Gericht auf Grund gesetzlicher Ermächtigung gesetzte Frist versäumt wurde oder ob allgemein— also ohne Fristsetzung —Angriffs— und Verteidigungsmittel nicht reczeitig vorgebracht wurden. Im ersten Fall ist die verspätete Angriffs— oder Verteidigungshandlung nur zuzulassen, wenn keine Prozeßverzögerung eintritt oder bei genügender Entschuldigung durch die Partei. Im zweiten Fall können die Angriffs— oder Verteidigungsmittel zurückgeweisen werden, wenn der

[7] Der Name ist irreführend. Man sollte besser von "Beschleunigungsnovelle" sprechen.

Prozeß verzögert würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Ob eine Verzögerung vorliegt, entscheidet sich nach Auffassung des deutschen Bundesgerichtshof allein danach, ob der Rechtsstreit bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung. Das Gericht dar also bei der Beurteilung der Verzögerung keine hypothetischen Erwägungen darüber anstellen, ob der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange oder gar länger gedauert hätte.

Es leuchtet ein, daß diese scharfe Präklusionsregelung den Richter vor ein erhebliches Dilemma stellen kann, und zwar in zweifacher Hinsicht: Einmal, soll er ein vermutlich richtiges Urteil unter Einbeziehung des verspäteten Vorbringens fällen oder ein möglicherweise unrichtiges Urteil erlassen, indem er die Augen vor dem späteren Vorbringen verschließt? Und zum anderen wird das Spannungsverhältnis zwischen Prozeßbeschleunigung durch Präklusion und dem Anspruch auf rechtliches Gehör deutlich.

Dieses Spannungsverhältnis hat zu zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts geführt.[8] Das Gericht hat zwar bejaht, daß die Präklussionsvorschriften mit der Verfassung vereinbar sind, hat aber betont, daß sie "wegen der einschneidenden Folgen, die sie für die säumige Prozeßpartei nach sich ziehen, strengen Ausnahmecharakter haben. Dieser ist jedenfalls dann gewahrt, wenn die betroffene Partei ausreichend Gelegenheit hatte, sich in den ihr wichtigen Punkten zur Sache zu äußern, diese aber aus —von ihr zu vertretenden— Gründen versäumt hat".[9] Die Pflicht[10] zu rechtzeitigem Parteivertrag und die Sanktion bei ihrer Verlekung wird durch diese Rechtssprechung erheblich gemildert. Sie wird weiter dadurch eingeschränkt, daß *auch den Gerichten eine Prozeß förderungspflicht auferlegt* ist. Denn nach § 139 ZPO hat der Vorsitzende "dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen". Nach § 141 ZPO soll das Gericht "das persönliche Erscheinen beider Parteien anordnen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts geboten erscheint". Schließlich hat das Gericht zur Vor-

[8] Dieses Gericht kann nämlich im Wege der Verfassungsbeschwerde angerufen werden, wenn jemand behauptet, "durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten ... oder ... in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt zu sein". "Öffentliche Gewalt" ist auch die Rechtsprechung der Gerichte.

[9] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 69, 145, 148.

[10] Maan müßte besser von "Last" sprechen.

bereitung der mündlichen Verhandlung "erforderliche vorbereitende Maßnahmen rechtzeitig zu veranlassen. In jeder Lage des Verfahrens ist darauf hinzuwirken, daß sich die Parteien rechtzeitig und vollständig erklären" (§ 273 ZPO). Diese Aufklärungspflicht des Gerichts[11] ist wesentliches Merkmal der gesteigerten Verantwortung des Gerichts für den Prozeßverlauf; sie gehört der sog. Aktivität des Richters.[12] Daß damit die Parteifreiheit —im Sinne der Dispositionsmaxime und der Verhandlungsmaxime— eingeschränkt wird, ist allgemein anerkannt.[13] Es besteht aber weiter eine gewisse Diskrepanz zu der den Parteien auferlegten Last, ihre Anträge und ihren Parteivortrag rechtzeitig vorzubringen. Denn wenn den Parteien bei Verzögerung der Anträge und der tatsächlichen Behauptungen die Gefahr der Präklusion droht, so muß sich das Gericht immer fragen, ob der verschleppte Verfahrensgang nich auch auf sein eigenes Verschulden zurückzuführen ist ob insbesondere die Verzögerung nich darauf beruht, daß das Gericht nich rechtzeitig auf die Aufklärungs— und Vortragspflicht der Parteien hingewiesen hat. Hierher gehört auch die Rechtsprechung des (deutschen) Bundesgerichtsholfs, daß eine Präklusion nicht vorliegt, wenn die Verspätung noch durch zumutbare Maßnahmen des Prozeßgerichts ausgeglichen werden kann.[14]

Als Thema dieses Berichts über einige Neuerungen im deutschen Zivilprozeßrecht hatten wir die Frage gestellt, ob eine Wiederkehr der "Eventualmaxime" festzustellen ist. Die Frage ist zu verneinen, wenn man unter Eventualmaxime die strange Einsteilung des Prozesses in einzelne Abschnitte und die Beschränkung der Parteihandlungen auf diese Abschnitte versteht. Sieht man das hier dargestellte Zusammenwirken von richterlicher und parteilicher Prozeßförderungspflicht als für den Prozeß maßgebend an, so kann man zwar von einer Wiederkehr der Eventualmaxime im strengen rechtlichen Sinne nicht sprechen. Wohl aber läßt sich eine *Tendenz* zur Eventualmaxime feststellen; denn die Gefahr, mit später vorgebrachten Angriffs— oder Verteidigungsteln ausgeschlossen zu werden, wird die Parteien veranlassen, auch solche Tatsachen zu behaupten und solche Beweisanträge zu stellen, die nach ihrer Meinung nur eventuell für die Entscheidung des Rechts-

[11] Stürner, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß*, 1982; Peters, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, 1983.

[12] Literaturhinweise bei Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 13. Aufl. 1981, § 78 III; Stein-Jonas-Leipold, *Kommentar zur ZPO*, 20. Aufl., § 139 Rn. 1.

[13] S. die Nachweise bei Baur, *Zivilprozeßrecht*, Rn. 38, 39, 42.

[14] *Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (BGHZ) 75, 138, 143.

streits wesentlich sind.[15] Rechtsanwälte werden dies schon deshalb tun, um spätere Regressforderungen seitens iher Mandanten zu vermeiden.

Man kann also insgesamt feststellen, daß die im Jahre 1976 in die deutsche ZPO eingefügten Präklussionsvorschriften nicht zu einer Wiederkehr der Eventualmaxime geführt haben, daß aber doch in der Praxis gewisse Tendenzen in dieser Richtung feszustellen sind.

[15] Nach Mitteilungen die mir aus der Praxis zugegangen sind, versuchen die Parteien dem "eventuellen", gehäuften" Vortrag dadurch zu entgehen, daß sie in ihrem Schriftsatz (der Klage bzw. Klagerwiderung) folgende Klausel anfügen: "Falls der Gericht einen anderen Antrag oder einen anderen Parteivortrag für notwendig oder sachdienlich hält, wird um Mitteilung gebeten"!

PRECLUSIÓN, CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN

José Becerra Bautista

Sumario: I. *La preclusión.* II. *La caducidad.* III. *La prescripción.* IV. *La preclusión.* V. *La caducidad.* VI. *La prescripción.* VII. *Criterios jurisprudenciales.* VIII. Conclusiones.

El transcurso del tiempo en la iniciación, desarrollo o ejecución de un proceso origina efectos jurídicos de diversa naturaleza, lo que permite estudiar las instituciones mencionadas desde un punto de vista doctrinal con base, sin embargo, en las normas positivas que las regulan.

Por razón de método, es necesario transcribir los preceptos respectivos.

I. La preclusión

1) El artículo 133 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece: una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse.

2) El Código Federal de Procedimientos Civiles, en el artículo 288 dice: concluidos los términos fijados a las partes, se tendrá por perdido el derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse, sin necesidad de acuse rebeldía.

3) Un sistema contrario aparece en el Código de Comercio, ya que en el artículo 1078 se ordena: transcurridos los términos judiciales y las prórrogas legalmente otorgadas, bastará una sola rebeldía para que se saquen con todo apremio las copias o los autos, en su caso, siguiendo el juicio su curso y perdiéndose el derecho que debió ejercitarse dentro del término.

Los preceptos anteriores contienen, sin designarla, una institución que desde el punto de vista doctrinal se denomina *preclusión*, vocablo que trató de incorporarse en el anteproyecto del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de 1948.

II. La caducidad

1) La *caducidad*, desde el punto de vista procesal, fue objeto de reglamentación muy amplia en el Código Federal de Procedimientos Civiles. En la fracción IV del artículo 373, se reguló en los siguientes términos: El proceso caduca: cuando cualquiera que sea el estado del procedimiento, no se haya efectuado ningún acto procesal ni promoción durante un término mayor de un año, así sea con el solo fin de pedir dictado de la resolución pendiente. El término debe contarse a partir de la fecha en que se haya realizado el último acto procesal en que se haya hecho la última promoción. Lo dispuesto en esta fracción es aplicable en todas las instancias, tanto en el negocio principal, como en los incidentes, con excepción de los casos de revisión forzosa. Caducando el principal caducan los incidentes. La caducidad de los incidentes sólo produce la del principal cuando haya suspendido el procedimiento en éste.

2) El Código de Procedimientos Civiles introdujo la caducidad de la instancia por decreto publicado el 14 de marzo de 1973. En lo conducente, el artículo 137 bis establece: La caducidad de la instancia operará de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio desde el emplazamiento hasta antes de que concluya la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia, si transcurridos 180 días hábiles contados a partir de la notificación de la última determinación judicial, no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

3) La Ley de Amparo establece como causa de sobreseimiento en la fracción V del artículo 74: cuando los actos sean del orden civil o administrativo que se encuentren en trámite, y cualquiera que sea el estado del juicio, no se ha efectuado ningún acto procesal durante el término de 300 días incluyendo los inhábiles, ni el quejoso ha promovido en ese mismo lapso.

En los amparos en revisión, la inactividad procesal o la falta de promoción del recurrente durante el término indicado, producirá la caducidad de la instancia. En ese caso, el tribunal revisor declarará que ha quedado firme la sentencia recurrida.

Celebrada la audiencia constitucional o listado el asunto para audiencia no procederá sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia.

4) El término caducidad ha sido empleado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al tratar de las acciones que pueden ejercitarse derivadas de un título de crédito.

Según el artículo 160: "La acción cambiaria del último tenedor de la letra (o pagaré, art. 174) contra los obligados en vía de regreso, caduca... V. Por no haber ejercitado la acción dentro de los tres meses que sigan a la fecha del protesto o al día de la presentación de la letra para su aceptación o para su pago."

5) El Código Civil, en su artículo 1946 habla de caducidad diciendo: "La obligación contraída bajo la condición de que un acontecimiento suceda en un tiempo fijo, caduca si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse."

III. La prescripción

1) Finalmente la *prescripción negativa* está reglamentada por los artículos 1158 y siguientes del Código Civil, aunque la define el artículo 1135 como el medio de liberarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.

2) Concordante con este precepto, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal estableció que las acciones duran lo que la obligación que representan, a menos que la ley señale distintos plazos (artículo 33).

3) Finalmente, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 165 ordena: la acción cambiaria prescribe en tres años a partir del vencimiento de la letra (o pagaré).

La exégesis de estos preceptos requiere consultar la doctrina para captar su contenido.

IV. La preclusión

La voz "preclusión", en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, redactada por Medina Lima dice: "La preclusión es, en suma, un fenómeno de extinción de expectativas y de facultades de obrar válidamente en un proceso determinado, en función del tiempo."

D'Onofrio enseña que el proceso es una cadena cuyos eslabones son las diversas actuaciones que lo integran; por eso, cuando un eslabón de esa cadena se rompe, los actos subsecuentes dejan de tener validez y sólo subsisten los actos válidos anteriores; pero existe un principio en virtud del cual los actos procesales a cargo de las partes deben realizarse en tiempo, es decir, dentro del plazo que la ley establece, so pena de perder la facultad procesal que debió ejercitarse en el plazo que se dejó transcurrir.

El mismo D'Onofrio sostiene que la idea general de la preclusión es dada por la palabra misma: representa la condición de una determinada actividad que no puede desarrollarse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre desenvolvimiento, por lo que la preclusión es un concepto puramente negativo, no crea nada, sólo impide que una determinada situación jurídica trate de sustituirse por otra.

Por su parte, Chiovenda enseña que "la preclusión consiste en la pérdida de una facultad procesal, por haberse llegado a los límites fijados por la Ley para el ejercicio de esa facultad, en juicio o fuera de él", y agrega:

> Todo proceso, cual más cual menos, para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, ponen límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites, esas facultades ya no pueden ejercitarse, y debido a esas consecuencias el nombre de preclusión, empleando un bello término de las fuentes que se encuentra usado propiamente con el significado en que lo tomo, en la *poena preclusi* del derecho común, salvo que en la preclución moderna se prescinde naturalmente de la idea de pena. Son casos variadísimos, pero todos tienen en común este elemento en el cual reside para mí la escencia de la preclusión, a saber: La pérdida o extinción o caducidad o como se quiera decir de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la Ley para su ejercicio.

El profesor de la Facultad de Roma pone varios ejemplos derivados de la legislación positiva italiana y todos ellos demuestran la idea central de la extinción de la facultad respectiva en el juicio y aun fuera de juicio, cuando ya se ha dictado sentencia, tomando en cuenta que la cosa juzgada opera por la preclusión de recursos.

En el derecho mexicano, opera la preclusión por el simple transcurso del tiempo o porque además sea necesario que la contraparte acuse la rebeldía respectiva. Alcalá-Zamora y Castillo, al referirse al Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua, comentó que en ese ordenamiento desapareció el anticuado *acuse de rebeldía* del antiguo derecho español y "se consagra, aunque sin darle el nombre, la figura de la *preclusión*. cuya elaboración doctrinal es relativamente moderna (a partir de Bülow en la segunda mitad del siglo XIX) pero cuya existencia como institución se remonta al proceso medioeval italiano y a su división de los pleitos en tiempo".

En otros sistemas se dice:

> Transcurrido el plazo, extínguese el derecho de practicar el acto, independientemente de la declaración judicial (artículo 183 del Código Procesal del Brasil) pero se faculta a la parte interesada en probar que tuvo justa causa para no realizarlo, en cuyo caso el juez permitirá a la parte la práctica del acto en el plazo que le asigne.

Afonso Borges, al comentar este precepto, dice "que consagra el principio de la preclusión y opera sin ninguna formalidad".

Debe concluirse, de estas transcripciones, que no obstante los detalles diversos y la omisión de un nombre técnico, en las legislaciones se consagra la *preclusión* como institución que se basa en la pérdida de la facultad que el derecho concede a una parte para realizar un acto procesal en un plazo determinado si se deja transcurrir ese plazo sin realizar el acto.

La pérdida de esa facultad procesal afecta únicamente a la parte que dejó transcurrir el plazo, pues el proceso sigue adelante en beneficio de la contraparte, según las consecuencias que el derecho positivo contribuya al acto omitido.

V. La caducidad

Esta institución, en el derecho privado, ha sido utilizada para calificar hechos diversos, por lo cual no puede darse una definición que comprenda todos los supuestos contemplados por la legislación positiva.

1) En un proceso civil en trámite, la inactividad de ambas partes por el plazo que la ley establece extingue el proceso mismo; pero deja subsistente la acción para volver a ejercitar la pretensión respectiva en un nuevo proceso.

Como queda subsistente el derecho sustantivo hecho valer en el proceso caduco, se ha criticado la incorporación de esta figura al proceso civil del Distrito Federal y al proceso civil del estado de Guanajuato, antecedente de la reglamentación de la caducidad de la instancia en el Código Federal de Procedimientos Civiles, pues estos últimos llegaron al absurdo de declarar caduco un proceso cuando, durante un plazo determinado, no se pedía que se dictara el fallo respectivo.

Debe tenerse en consideración que de acuerdo con esos ordenamientos la sentencia debe dictarse o en la audiencia de pruebas y alegatos o en un breve plazo.

Sin embargo, a los trescientos días, debe promoverse para pedir que se dicte sentencia, so pena de que se declare caduco el proceso, no por inactividad de las partes, sino por desidia del juzgador.

Lo anterior constituye una verdadera denegación de justicia, la cual se hace más patente en los juicios de amparo, ya que es causa de sobreseimiento la falta de petición a los juzgadores de que dicten sentencia, y esto, si pasan trescientos días y no han cumplido con su deber de dictar el fallo en el breve plazo que la ley les señala.

La reforma de la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, publicada el día 16 de enero de 1984, contiene una modificación sustancial al sobreseimiento por inactividad procesal, pues declara que no procederá el sobreseimiento una vez celebrada la audiencia constitucional, lo cual impide que los jueces de distrito puedan dilatar sus fallos y ante la falta de recordatorio sobresean los juicios de amparo indirecto.

Sin embargo, esa reforma deja subsistente el sobreseimiento de los amparos ante los tribunales colegiados del circuito y ante las salas de la Suprema Corte, porque, mientras un asunto no sea listado, debe estarse pidiendo a los magistrados y ministros que dicten el fallo.

2) La caducidad de la acción cambiaria de regreso en materia de títulos de crédito se justifica como una sanción al no ejercitarla dentro del breve plazo de tres meses, para que los obligados en esa vía tengan seguridad de que transcurrido ese plazo quedaran libres de su obligación cambiaria.

También caduca en tres meses la acción del obligado en vía de regreso que paga el título de crédito, si no ejercita la acción en contra de los otros obligados en vía de regreso, según la fracción II del artículo 161 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

En ambos casos la caducidad sólo afecta a los titulares de la acción en vía de regreso.

Por ello, la acción cambiaria directa en contra del aceptante y su avalista en la letra de cambio y del suscriptor y de su avalista en un pagaré nunca caducan, sino prescriben.

3) Otros casos de caducidad se desprenden de los artículos 160 y 161 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito *cuando no se realizan actos positivos* que traen como consecuencia la caducidad de la acción de regreso. Esto sucede, por ejemplo, cuando no se levanta el protesto por falta de aceptación o de pago dentro de los plazos que se establecen en el artículo 144.

4) Finalmente, la caducidad opera cuando ha prescrito la acción cambiaria directa, o haya de prescribir dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la demanda, o cuando haya caducado la acción de regreso del último tenedor del título o prescrito la acción cambiaria directa contra el aceptante, o cuando haya de prescribir en los tres meses siguientes a la notificación de la demanda.

En estos últimos supuestos, la caducidad opera por causas ajenas a la voluntad del titular de la acción de regreso; sin embargo, lo benefician de tal manera que, si se le demandara, podría oponer la excepción derivada de esas normas legales.

5) En el supuesto del artículo 1946 del Código Civil:

> Esta disposición configura la caducidad como un simple efecto objetivo de la falta de realización de la condición suspensiva a que el derecho estaba supeditado y la hace consistir en la extinción de ese derecho en gestación, cuyo nacimiento dependía de la realización de la condición. Es decir, la caducidad consiste en la extinción de un derecho eventual, por falta de cumplimiento de la condición.

La caducidad se produce no sólo al vencerse el plazo sin haberse realizado la condición, sino desde que sea indudable que la condición no puede cumplirse, cuando surge un hecho que hace imposible la realización de esa condición.

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que la caducidad puede afectar a la vida del proceso civil cuando ambas partes dejan de promover por un plazo determinado; cuando el interesado no pide que se dicte sentencia en el plazo que la ley establece; cuando se necesitan realizar actos positivos que, de no efectuarse, traen como consecuencia la extinción de la acción de regreso; cuando por hechos objetivos se extingue la acción respectiva y da lugar a la defensa respectiva.

VI. La prescripción

La necesaria vinculación del derecho sustantivo hecho valer en un juicio con la acción que ejercita el actor, se ha considerado desde el derecho romano como necesaria, y así, en las legislaciones procesales privatistas, se clasifican las acciones relacionándolas con el derecho sustantivo que se hace valer. Así se establecen los requisitos para el ejercicio de las acciones reales, personales y del estado civil, así como

en la legislación mercantil se establecen los requisitos para el ejercicio de las acciones cambiarias directa y de regreso, etcétera.

En la doctrina procesal moderna ha surgido la palabra "pretensión" para sustituir a la "acción".

Sin embargo, Medina Lima dice: "la incorporación a la lexicología procesal de dicho sustantivo (pretensión) es relativamente reciente y su concepto reviste destacada importancia, si bien no hay concenso unánime en cuanto a su contenido y determinación científica."

En un juicio, son partes las personas físicas o morales que tienen un interés jurídico que hacer valer a través del proceso.

El interés jurídico no se identifica con la titularidad del derecho sustantivo porque en todo juicio siempre hay una parte vencedora y otra perdedora, precisamente por carecer ésta de derecho sustantivo.

He sostenido que "basta que se justifique una *pretensión* válida respecto a la aplicación de la norma sustantiva en favor del promovente para que exista interés jurídico"; en consecuencia, basta que se tenga un interés válido basado en una pretensión jurídica para que se pueda ejercitar una acción ante los órganos jurisdiccionales, o sea que se pueda ejercitar una acción.

El interés cesa en aquellos casos en que la legislación positiva sanciona la inactividad del titular de una pretensión por no ejercitar la acción en un plazo determinado.

En otras palabras, la pretensión se extingue por el transcurso del tiempo unido a la inactividad del actor de ejecutar la acción respectiva, lo que configura el supuesto de la prescripción.

El reformado artículo primero del Código de Procedimientos Civiles establece: "sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él *quien tenga interés* en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario..." Este precepto es similar al artículo primero del Código Federal de Procedimientos Civiles.

No obstante esta redacción, subsiste la clasificación de acciones y los requisitos para su ejercicio. No se pudo borrar una tradición secular de vincular "las acciones" a los derechos sustantivos hechos valer, llamando "pretensiones" a las acciones, término usado en la legislación positiva tanto civil como mercantil.

Es por esto que la prescripción negativa se reglamenta en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estableciendo los plazos necesarios para que opere la prescripción negativa.

En otras palabras, esta institución es de derecho sustantivo, del que no puede desvincularse.

En el Código Civil se establece como regla que, salvo los casos de excepción, se necesita el lapso de diez años contados desde que una obligación puede exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento (artículo 1159). En el artículo 1161, se establecen las prescripciones de dos años.

En el Código de Comercio se regulan prescripciones en uno, en tres, en cinco y en diez años (artículos 1043, 1044, 1045 y 1046).

VII. Criterios jurisprudenciales

La preclusión, la caducidad y la prescripción han sido analizadas por la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los efectos procesales que producen.

1) La acción cambiaria de regreso debe tomarse en cuenta de oficio por el juzgador: el artículo 160 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al establecer la caducidad de la acción cambiaria de regreso, obliga al sentenciador a examinar, de oficio, si ha operado la caducidad de las cambiales, por ser este punto condición esencial para el ejercicio de dicha acción (Jurisprudencia 1917-1975. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, p. 5.)

2) Si el juzgador no toma en cuenta la caducidad y causa preclusión el mandamiento de ejecución por no recurrirlo el demandado, entonces queda el derecho de oponerse a la ejecución, haciendo valer cualquiera de las excepciones consignadas en el artículo 8º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre ellas la de caducidad en el caso en que proceda, pues de otra manera no tendría aplicación su fracción X, procurando así que en caso de oponerse, obligue al actor a demostrar que dio aviso de la falta de aceptación o de pago a los obligados en vías de regreso cuando el girador dispense al tenedor de protestar la letra, inscribiendo en ella la cláusula "sin protesto" (artículo 141), y esa prueba no puede rendirla si no se opuso como excepción la caducidad resultando inaplicable en este caso la tesis según la cual la caducidad de la acción cambiaria debe tomarse en cuenta de oficio por el juzgador.

La tesis que aparece en las páginas 4 y 5 de la obra citada textualmente dice:

ACCIÓN CAMBIARIA, CADUCIDAD DE LA. CASO EN QUE DEBE OPONERSE COMO EXCEPCIÓN

La Suprema Corte de Justicia, ha sustentado la siguiente tesis: "Caducidad de la acción cambiaria, debe tomarse en cuenta de oficio por el juzgador." Si bien es cierto que la caducidad puede oponerse como excepción o defensa, en los términos del artículo 8º de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, también lo es que dada la naturaleza de la misma, distinta de la prescripción, sobre la que puede aportarse alguna prueba en contrario e interrumpirse, aquella opera de plano e implica la nulidad de todos los actos procesales realizados, así como de sus consecuencias jurídicas, por lo que el juez se encuentra obligado a estudiarla de oficio, cuando se la presenta un título de crédito, caduco, por el simple transcurso del término o términos para realizar algún acto solemne que imponga la ley. En aplicación de la tesis transcrita los jueces están obligados, de oficio, a examinar las letras de cambio, que sirvan de fundamento a las acciones que ejerciten sus tenedores, para ver si reúnen los requisitos señalados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y si no opera su caducidad por no haberse ejecutado los actos determinados en la propia ley, y con especialidad en sus artículos 160 y 163, a fin de poder establecer si siendo esos documentos títulos ejecutivos traen aparejada ejecución, y por consecuencia, proveer el auto que dispone el artículo 1392 del Código de Comercio. Cuando los jueces dictan el mandamiento ordenado por esta disposición, y causa preclusión, por no recurrirlo el demandado, entonces le queda el derecho de oponerse a la ejecución, haciendo valer cualquiera de las excepciones consignadas en el artículo 8º de la invocada ley, entre ellas la de caducidad en el caso en que proceda, pues de otra manera no tendría aplicación su fracción X, procurando así que en caso de oponerse obligue al actor a demostrar que dio aviso de la falta de aceptación o de pago a los obligados en vías de regreso cuando el girador dispense al tenedor de protestar la letra inscribiendo en ella la cláusula "sin protesto" (artículo 141), y esa prueba no puede rendirla si no se opuso como excepción la caducidad resultando inaplicable, en este caso, la tesis de referencia.

3) En cambio, la prescripción mercantil no puede ser considerada de oficio según la siguiente jurisprudencia:

PRESCRIPCIÓN EN MATERIA MERCANTIL

La excepción de prescripción no puede ser considerada de oficio, por prohibirlo terminantemente el artículo 1327 del Código de Comercio, siendo de advertirse que si bien ese precepto no impide tomar en cuenta las disposiciones legales de orden público, carácter que tienen las que regulan la prescripción, es unánime la doctrina, en el sentido de que a pesar de ese carácter, la prescripción necesita ser alegada por el respectivo beneficiario, para que los tribunales puedan tomarla en consideración. (*Idem*, p. 831.)

4) En materia de amparo existe jurisprudencia firme en los siguientes términos:

SOBRESEIMIENTO POR FALTA DE PROMOCIÓN

Surtida la causa de sobreseimiento prevista en la fracción XIV del artículo 107 constitucional y en la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, debe hacerse la correspondiente declaración, no siendo obstáculo la circunstancia de que, dentro del término computado, exista un acuerdo del presidente de la Sala, en el que ordene expedir una copia certificada solicitada por el tercer perjudicado, porque la petición no es de aquéllas promociones a que se refiere la fracción V del artículo 74 de la Ley de Amparo, ni el acuerdo es de tal naturaleza que importe un impulso al procedimiento y, por tanto, ni una, ni otro interrumpen el plazo de inactividad. (*Idem*, p. 1054.)

SOBRESEIMIENTO POR INACTIVIDAD PROCESAL

De acuerdo con el criterio sustentado reiteradamente por esta Sala desde que entraron en vigor las reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo, promulgadas en mil novecientos cincuenta y uno, que establecieron como causa de sobreseimiento la inactividad procesal del quejoso, sólo tienen eficacia para interrumpir la caducidad, las promociones formuladas por escrito ante el Tribunal que conoce del amparo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 3º de la Ley Reglamentaria del juicio de garantías; las gestiones verbales que se realicen ante los Ministros de las Salas o ante los Secretarios de Estudio y Cuenta, no pueden tener ese carácter porque no dejan huella en el expediente de la que tengan conocimiento las otras partes; además, ni los Ministros, ni sus

respectivos Secretarios, constituyen el Tribunal que conoce del Amparo, que es precisamente ante el cual deben hacerse las promociones escritas en los términos que señala la Ley. *(Idem.* p. 1055.)

SOBRESEIMENTO POR INACTIVIDAD PROCESAL

Las promociones de la parte tercero perjudicado en el Amparo Directo no interrumpen el término de la caducidad, en virtud de que no son de tlas promociones a que se refiere las fracción V del Artículo 74 de la Ley de Amparo. (*Idem,* p. 1058.)

5) El interés a que se refería el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles de 1932 modificado por el artículo primero de la reforma de 1986, similar este último al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Sonora, ha quedado definido en las siguientes tesis:

ACCIÓN. EL INTERÉS COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA

Siendo el interés un requisito esencial para el ejercicio de la acción, si aquél falta, ésta no puede ejercitarse y el juzgador puede aún de oficio, abstenerse de estudiarla, por ser de orden público el cumplimiento de los requisitos requeridos para el ejercicio de la acción. El requisito del interés ha sido materia muy controvertida entre los procesalistas, pues mientras unos opinan que no es necesario para la procedencia de la acción, otros sostienen que donde no hay interés, no hay acción. Nuestro Código de Procedimientos Civiles adopta esta tesis al establecer en la fracción IV de su artículo 1º que el ejercicio de las acciones civiles requiere "el interés en el actor para deducirla", desvaneciendo así toda controversia sobre el particular. Aún más, aclara que "falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia. (*Idem,* p. 14.)

INTERÉS JURÍDICO, NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DEL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SONORA)

De acuerdo con el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles, para interponer una demanda o contradecirla, es necesario tener interés jurídico en la misma, el cual es condición del

ejercicio y de la procedencia de la acción, y sin él no debe actuar el órgano jurisdiccional; su estudio y decisión puede provocarlo la parte demandada y debe analizarlo de oficio el juzgador; así se desprende del artículo 48 de dicha ley procesal, al estatuir que el demandado podrá denunciar al juez y hacer valer como excepciones requisitos procesales necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal, y además todos ellos pueden hacerse valer o mandarse subsanar de oficio por el juez, sin necesidad de requerimiento de parte, cuando tengan conocimiento de los mismos; la observancia de ese precepto es de orden público, de acuerdo con el artículo 3º de la propia ley adjetiva. (*Idem*, p. 15.)

ACCIÓN. ESTUDIO OFICIOSO DE SU IMPROCEDENCIA

La improcedencia de la acción, por falta de uno de sus requisitos esenciales, puede ser estimada por el juzgador, aun de oficio, por ser de orden público el cumplimiento de las condiciones requeridas para la procedencia de dicha acción. (*Idem*, p. 10.)

ACCIÓN EN MATERIA MERCANTIL. ESTUDIO DE OFICIO DE LA

El estudio de si el actor ha probado o no su acción por más oficiosamente que se haga, lejos de implicar una violación a la ley, implica acatamiento de la misma, dado que el artículo 1194 del Código de Comercio dice que el actor está obligado a probar su acción y el artículo 1326 del mismo ordenamiento dispone que cuando el actor no probare su acción será absuelto el demandado; de donde se infiere que es obligación del juzgador examinar si se ha probado o no la acción, independientemente de que haya o no alegación de la contraparte a ese respecto, máxime que la exposición de los hechos está a cargo de las partes, en tanto que la aplicación del derecho corresponde al juzgador. (*Idem*, p. 11.)

VIII. Conclusiones

Primera: La preclusión es una institución de carácter doctrinal que califica la pérdida de una facultad procesal por no ejercitarla en el plazo que la ley concede al interesado, quien resulta perjudicado por su no ejercicio. Sin embargo, el proceso sigue adelante.

SEGUNDA: La caducidad califica diversas situaciones jurídicas:

a) La inactividad de las partes durante un plazo determinado, que extingue el proceso civil en trámite.

b) La inactividad de las partes en un proceso civil federal, que abarca el no recordar al órgano jurisdiccional que dicte sentencia.

c) La misma inactividad cuando se trata del quejoso en materia de amparo, originando el sobreseimiento del juicio.

Por la reforma del 16 de enero de 1984, cuando ya se celebró la audiencia constitucional en el juicio de garantías, no procede el sobreseimiento si el quejoso no recuerda al juez de distrito que dicte el fallo.

Sin embargo, esa falta de recordatorio origina el sobreseimiento en los juicios que se tramitan ante los tribunales colegiados de circuito y ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras el asunto no sea listado para la audiencia. Para que se liste un asunto suelen pasar años.

Estos supuestos originan verdadera denegación de justicia.

d) La pérdida de la acción cambiaria de regreso por no ejercitarla dentro de los tres meses que en diversos supuestos establece la ley.

e) La pérdida de la acción cambiaria de regreso cuando no se realizan los protestos en los plazos que la ley establece, y

f) La extinción de la obligación cuando no se cumple la condición pactada dentro del plazo que debe realizarse.

TERCERA: La prescripción negativa es una institución de derecho sustantivo que, al fijar los plazos para que se extinga la acción respectiva, no puede desvincularse del derecho que se hace valer en juicio.

CUARTA: La sustitución en el lenguaje procesal del vocablo "acción", que se usa tradicionalmente en toda la legislación mexicana por el vocablo "pretensión", con el que doctrinalmente debe equipararse, afectaría a todas las legislaciones sustantivas que ligan el ejercicio de las acciones con el interés que se hace valer en juicio.

DOS ATOS PROCESSUAIS

Marcos Afonso Borges *

Sumario: I. *Ato.* 1. *Ato jurídico.* 2. *Ato processual.* 3. *Atos de Comunição.* II. *Conclusão.*

I. Atos

Ato, do latim *actus*, de *agere* (levar, conduzir), "tem o sentido de indicar, de modo geral, toda a ação resultante da manifestação da vontade ou promovida pela vontade da pessoa. É tudo o que acontece pela vontade de alguém".[1]

1. *Ato jurídico*

Quando a manifestação da vontade tiver por escopo produzir efeitos jurídicos, isto é adquirir, modificar ou extinguir direitos, ela recebe a denominação de "ato jurídico", que, por seu turno, tendo em vista o órgão do qual promana, pode ser legislativo, administrativo e jurisdicional.[2]

O ato legislativo e a manifestação desse poder, no sentido de tornar obrigatória uma norma jurídica.

Será administrativo quando se originar da administração pública e

* Prof. de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Advogado.

[1] De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio, vol. 1, p. 181.

[2] A doutrina estabelece, tendo em vista a função de cada órgão do Poder Público, um conceito material e formal dos atos dele emanados. "No sentido material, se diz que um ato é legislativo, administrativo ou jurisdicional quando, pela sua natureza peculiar, está contido no âmbito de alguma dessas funções. No sentido formal ou orgânico, o ato será classificado como legislativo, administrativo ou jurisdicional conforme o órgão de que emana seja do Poder Legislativo, o Poder Executivo ou o Poder Judiciário É comum, porém, que os caracteres material e orgânico se juntem nos atos dos órgãos do Poder Público, de modo que estes se apresentem identificados no conteúdo e na forma." (Seabra Fagundes, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Forense, Rio, 1957, p. 32.)

objetivar a declaração de direitos ou a imposição de obrigações a própria administração ou aos administrados.

Denomina-se jurisdicional o ato quando, praticado em juízo tiver por escopo solucionar a lide, ou atender á pretensão de pessoas acerca de interesses particulares, não em conflito, mas que, pela sua importância, estão sujeitos á manifestação jurisdicional.

2. *Ato processual*

Ato processual, de cujo gênero é espécie o jurisdicional, é ato do processo, pois a relação jurídica processual que se contém no processo se reflete em atos. "São atos processuais os atos que têm importância jurídica para a relação processual, isto é, aqueles atos que têm por efeito a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a cessação da relação processual",[3] desde evidentemente, que praticados no processo,[4] pelas pessoas que dela participam: as partes, o juiz, e os auxiliares da justiça.

A. Atos processuais das partes

Segundo a doutrina processual moderna, os atos das partes classificam-se em: *a)* postulatórios, aqueles pelos quais as partes pleiteiam pronunciamentos do juiz acerca do processo e do mérito; *b)* dispositivos, os consistentes em declarações de vontade, que se classificam em unilaterais, concordantes e contratuais (*ex.*: desistência da ação; aquiescência do réu à desistência formulada, após a contestação; suspensão do processo); *c)* instrutórios, os que têm por fim formar a convicção do julgador acerca da verdade dos fatos alegados; e *d)* reais, os que se manifestam por coisas, e não por palavras.

B. Atos processuais do juiz

Por seu turno, os atos do juiz são classificados em: *a)* despachos de expediente, pelos quais o julgador objetiva, única e exclusivamente, a movimentação do processo; *b)* despachos interlocutórios, os que, sem encerrar a relação processual decidem incidentes processuais; e *c)* sentenças finais, subdividindo-se em terminativas, quando encerram o

[3] Amaral Santos, Moacyr, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo, vol. 1, Saraiva, 1977, p. 120.

[4] Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, vol. 1, 1977, p. 259.

processo sem decidir o mérito, e definitivas quando fazem cessar a relação processual com o julgamento do pedido.

O legislador brasileiro de 1973, atendendo á conveniência de ordem prática, não seguiu a classificação apregoada pela doutrina e dispôs, no artigo 162 e parágrafos, que os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. As primeiras são aquelas que encerram com o processo, decidindo ou não o mérito (correspondem ás denominadas sentenças finais); as segundas as que, no curso do processo, resolvem questões incidentes (correspondem aos despachos interlocutórios); os terceiros, de simples movimentação processual (correspondem aos despachos de expediente).

C. Atos processuais dos órgãos auxiliares

Os atos dos órgãos auxiliares, no nosso entender, deverão ser classificados tendo em vista a função específica do auxiliar na relação jurídica processual, e assim, antes de enumerá-los, mister se faz procurar sistematizar as funções dela no processo.

Em regra os órgãos auxiliares são distribuídos em três classes: *a)* órgãos auxiliares propriamente ditos, aqueles cuja função específica é praticar atos no processo, como os escrivães, e os oficiais de justiça; *b)* órgãos do encargo judicial, os que eventualmente são chamados a praticar atos no processo, como os peritos, os tradutores; e *c)* órgãos extravagantes que são os que, no exercício normal de suas atividades, realizam atos na relação jurídica processual, tais como os Correios e Telégrafos e o Diário de Justiça.

Com relação aos primeiros, a doutrina classifica os seus atos em: 1º Atos de movimentação, que como a própria designação está a indicar, têm por escopo, o andamento do processo, por exemplo, a abertura de vista; 2º Atos de documentação, os que objetivam certificar a prática de atos, por aqueles que participam da relação jurídica processual: exemplo, o termo de juntada da contestação, ou de documentos; e 3º Atos de execução, aqueles pelos quais os auxiliares cumprem as determinações do julgador: exemplo, a citação.[5]

No que pertine aos demais órgãos auxiliares eles somente praticam atos de execução, pois a sua participação é eventual é em virtude de determinação judicial.

3. *Atos de comunicação*

Dentre os vários atos processuais, três deles se destacam, não tanto

[5] Amaral Santos, Moacyr, *op. cit.*, pp. 115 e segs...

pelo seu conteúdo, mas pela importância que tem para a formação, e o desenvolvimento do processo. São os chamados atos de comunicação que, segundo o ensinamento dos doutos, consistem na citação, nas notificações, e intimações.

Assim podemos dizer que: *a)* citação é o ato pelo qual se dá ciência á parte de que contra ela foi apresentado o pedido; *b)* notificação o ato via do qual se informa a alguém para fazer ou deixar de fazer alguma coisa sob certa cominação; e *c)* intimação aquele que leva ao conhecimento da parte da realização de um ato processual.

O vigente Código de Processo Civil não disciplinou, dentre os mencionados atos de comunicação, as notificações, sem embargo de referir-se a elas no artigo 45 (renúncia do mandato pelo advogado), e nos artigos 870, inciso I e 873 (Dos protestos, notificações - na parte pertinente ao Processo Cautelar).

Por outro lado, despresando o princípio oriundo do Direito Romano - "omnis definitio in jure perculosa est" (D. 50.17.202) - no artigo 213 conceituou a citação como "o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender", o no artigo 234 a intimação no sentido de ser "o ato pelo qual se dé ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa".

Do exposto, salvo melhor juízo, apercebe-se que ambas as definições não estão de acordo com a moderna doutrina, pois a citação, na realidade não é ato de chamamento, consistindo ela em mera intimação, diferenciando-se das demais, por ser a primeira. Da mesma forma, a intimação não trás ínsita a obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, característica essa da notificação, acrescida da sanção.

Formas

Os atos acima enunciados, se materializam através de várias formas, segundo os postulados do diploma processual civil em vigor.

Destarte, a citação poderá ser feita pelo correio (art. 221, inciso I), quando o réu for comerciante ou industrial domiciliado no Brasil (art. 222); por oficial de justiça (art. 221, inciso II), na hipótese de a lei não dispor de outro modo (art. 224); por edital (art. 221, inciso III) quando desconhecido ou incerto for o réu, quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar, e nos casos expressos em lei (art. 231, incisos I, II e III); e, finalmente, por carta, excluídas as hipóteses de citação por carta e por edital determinada por lei, quando o sujeito passivo residir em outra comarca, podendo ser de

ordem (se o juiz a quem for dirigida for subordinado ao tribunal de que ela emanar), rogatória (quando dirigida á autoridade de judiciária estrangeira), e precatória (nos demais casos) (art. 201).

Com referência ás intimações, no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios elas serão feitas pela só publicação no órgão oficial (art. 236), o mesmo ocorrendo nas outras comarcas onde houver órgão de publicação dos atos oficiais (art. 237), Caso contrário, serão realizadas pessoalmente ou por carta registrada, se o citando tiver domicílio na sede do juízo, ou quando docimiliado fora dele (art. 237, incisos I e II).

Do que ficou exposto, no nosso sentir, merece enfoque especial a citação por edital e as intimações via do órgão oficial, ou de publicação dos atos oficiais.

De feito, diz o inciso III do artigo 232 do Código de Processo Civil, que constitui um dos requisitos da citação por edital, "a publicação do mesmo no prazo máximo de quinze (15) dias, uma no órgão oficial e pelo menos duas vezes em jornal local, onde houver".

Por outro lado, o mesmo diploma legal estabelece que as intimações no Distrito Federal e nas Capitais dos Estados serão feitas pela só publicação dos atos no órgão oficial (art. 236), ou em órgão de publicação dos atos oficiais nas demais comarcas onde ele existir (art. 237).

Assim, tendo em vista disposição expressa de lei, a citação via "edictalis", terá que ser obrigatoriamente publicada uma vez no órgão oficial. A expressão jornal local, a que faz alusão o inciso III do artigo 232 do estatuto processual, deve ser entendido como sendo qualquer jornal local, quer seja diáo, ou semanário, ficando a escolha ao alvedrio da parte.

Já com relação ás instimações, em face ao estabelecido no artigo 237, a orientação tem variado de Estado para Estado.

Desta forma, o órgão oficial é a via obrigatória nas Capitais, podendo sê-lo também para outras comarcas, quer tenham ou não jornal local, segundo orientação adotada pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. É o caso, por exemplo de São Paulo, onde em uma série enorme de comarcas as intimações são consideradas feitas pela publicação no *Diário da Justiça*.

O mesmo não acontece em outros Estados da Federação, como Minas Gerais, onde nas comarcas onde existe jornal local, as intimações são consideradas efetivadas pela só publicação no mesmo, em coluna denominada *Diário Judiciário*, como é o caso de Uberaba.

É bom que fique evidenciado, no entanto, que as intimações acima referidas poderão ser feitas também, diretamente, pelo escrivão, pois vedação legal não existe.

II. Conclusão

Pelo exposto, Conclui-se que: 1) As citações feitas por edital, têm que ser obrigatoriamente publicadas uma vez no órgão oficial *(Diário da Justiça)*. As outras a que faz menção a lei poderão ocorrer em qualquer jornal local; 2) As intimações, nas Capitais, considerar-se-ão realizadas pela só publicação no *Diário da Justiça*. Nas demais comarcas, as seguintes soluções podem ser adotadas, como ficou através evidenciado; a*)* as intimações são feitas somente via do *Diário da Justiça; b)* a comunicação se efetiva através de jornal diário, em coluna especial; e *c)* somente pelo escrivão.

Nada impede, para os fins acima indicados, que haja um diário ou semanário, com o fim específico de publicar os editais e intimações, mesmo das comarcas do interior, desde que seja de grande circulação, e haja autorização do Tribunal, o que aliás viria facilitar o trabalho dos advogados, juízes e membros do Ministério público.

Esta solução, se ainda não posta em prática no Brasil, é de há muito adotada, por exemplo, na cidade de Rosário, Província de Santa Fé, Argentina, onde tais comunicações são feitas via do diário *JURIS*, que além das citações e intimações, publica Doutrina, Legislação e Jurisprudência.

EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA TUTELA DE LOS INTERESES FAMILIARES

Ingrid BRENA

SUMARIO: I. *Nota preliminar.* II. *El problema.* III. *El interés Público y otro tipo de intereses.* IV. *Los intereses del grupo familiar.* V. *El Ministerio Público. Un recorrido histórico.* VI. *Legislación actual.* VII. *Función procesal del Ministerio Público en materia civil.* 1. *El Ministerio Público como órgano requiriente o accionante.* 2. *El Ministerio Público como órgano interviniente.* 3. *El Ministerio Público como guardián de la legalidad.* VIII. *Observaciones críticas a la institución.* IX. *Alternativas para la protección de ciertos intereses.* 1. *El Problema.* 2. *La prokuratura soviética.* 3. *El Attorney General.* 4. *Organismos gubernamentales.* X. *Variaciones al esquema típico del proceso.* XI. *Conclusiones.*

I. NOTA PRELIMINAR

Constituye una grata distinción para mí participar en estos estudios que, un grupo de juristas nacionales y extranjeros elaboraron para honrar la obra del Dr. Fix-Zamudio como maestro e incansable impulsor de la investigación jurídica. Los organizadores y editores de este homenaje han dividido las contribuciones en áreas en las que la labor del maestro ha sido más que significativa: dos disciplinas dogmáticas: derecho procesal y derecho constitucional; y una metodológica, el derecho comparado. El presente ensayo pretende situarse en el área de la dogmática procesal, pues se refiere al estudio de las funciones del Ministerio Público en los procesos en donde se ventilan asuntos concernientes a la familia. Avocada como estoy, al estudio del derecho de la familia, ha constituido una constante preocupación para mí, determinar la función y el alcance de la intervención del Ministerio Público en esa clase de procedimientos. Este trabajo es un primer intento de respuesta.

II. El problema

Es lugar común señalar que el Ministerio Público es el representante de la sociedad en los asuntos de orden civil. Pero, ¿cómo y en qué medida el Ministerio Público cumple con la función asignada? Aún más, cabe preguntar ¿es acaso el Ministerio Público el órgano idóneo para proteger el interés público?

El análisis de las funciones del Ministerio Público no es fácil. Su dificultad obedece, en gran medida a la naturaleza compleja de la propia institución. El tema del Ministerio Público, señala Fix-Zamudio, constituye un verdadero desafío. Se trata —dice, "de una institución controvertida por la doctrina... y con mayor razón en nuestro país, en el cual ha sido objeto de enconados y apasionados debates que todavía no pueden considerarse superados".[1]

III. El interés público y otro tipo de intereses

Si nos proponemos evaluar la eficacia con que el Ministerio Público "representa" o "defiende" el "interés público", tenemos que determinar, en primer lugar, en qué consiste este interés público, objeto de su intervención. Algunos autores sostienen que el concepto de interés público es un concepto vacío: las cuestiones que en un momento pueden considerarse de interés público pueden no serlo en un momento diferente.

Por supuesto, no es mi propósito intentar aquí una explicación completa que abarque este complejo problema desde todos los ángulos. Mi intención no va más allá de exponer ciertos rasgos que nos permitan caracterizar el interés público y diferenciarlo de otros tipos de interés o intereses que se presentan en la sociedad.

El concepto de interés público no se contrapone, en principio, a la noción general de interés que maneja la doctrina, entendido en el sentido de pretensiones, deseos o exigencias que los individuos (o grupos) buscan satisfacer o proteger. El orden jurídico reconoce (o se desentiende de) ciertos intereses que las instancias apropiadas para ello, consideran dignos de protección jurídica. Cuando el orden jurídico reconoce efectivamente un interés lo hace de dos maneras: 1) estableciendo que individuos (o grupos de individuos) tienen *derechos* que les aseguran la protección judicial de su interés (y, si es el caso, una forma

[1] "La función constitucional del Ministerio Público", en *Anuario Jurídico*, México, año V, núm. 5, UNAM, 1978, p. 146.

de resarcimiento) o bien, 2) colocando a ciertos individuos, o incluso a los órganos del Estado, bajo ciertas obligaciones.

Puede decirse, por tanto, que el otorgamiento de derechos y la imposición de deberes son los medios a través de los cuales se reconocen y protegen los intereses de ciertos individuos y grupos.[2]

Es fácil separar los intereses en dos tipos. Los intereses que se refieren a una sola persona (o a diferentes personas *individualmente* consideradas) y los intereses que se refieren a grupos de personas consideradas en función de su *vínculo o relación con un grupo* o *estrato, gremio* o *asociación*, esto es, los intereses colectivos.

Frente a esta dicotomía se presenta otro tipo de intereses, el de aquellos que el Estado como entidad jurídica retiene como propios, los intereses de la comunidad representada en el orden jurídico. Estos intereses, sean individuales o colectivos, intereses en tanto que deseos, exigencias o pretensiones, sólo pueden ser de individuos pero a la vez son intereses públicos, los intereses del Estado. A esta primera clasificación de intereses se han agregado otras, a las cuales nos referiremos más adelante.

El interés público estaría formado por el conjunto de pretensiones del Estado, las cuales están relacionadas (o pretenden estarlo) con las necesidades de todos los miembros de la comunidad en su conjunto y que son protegidas mediante la intervención directa del Estado, tales como la paz pública, la seguridad exterior, etcétera. El interés público se encuentra constituido por pretensiones cuya satisfacción, se sostiene, beneficia a la comunidad en su totalidad y cuya implantación es competencia exclusiva del Estado. La satisfacción del interés privado, jurídicamente reconocido, se deja al libre arbitrio de los particulares, el Estado solamente se encarga de garantizar las condiciones propicias para que los particulares puedan actuar, permitiendo, por ejemplo, la persecución judicial de su derecho.

Los intereses colectivos pertenecen a un grupo social jurídicamente organizado. Estos intereses normalmente están reglamentados específicamente, tales como los derechos de los trabajadores, de los miembros de una cooperativa, para citar ejemplos bien conocidos.

Los llamados intereses difusos son los que afectan a un número más o menos amplio de individuos cuya situación real o potencial los hace formar agrupaciones o sectores no organizados, cuyos miembros se desconocen entre sí. La indeterminación de los límites precisos en

[2] *Cfr.*, Walker, David M., "Interests", en *Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, 1980.

cuanto a la identificación de personas es lo que convierte a un interés en difuso. Los titulares de estos intereses se hallan en una especie de "comunidad" o forman una "clase" tipificada por el hecho de que la satisfacción del interés de uno de ellos implica, necesariamente, la satisfacción del interés de los demás. Igualmente, la lesión a cada uno de los miembros de esa "comunidad" o "clase" afecta a la colectividad.

Por supuesto, tan precisos como pueden ser los criterios de esta clasificación en cualquier comunidad, las esferas de intereses se traslapan con otras. La creciente intervención del Estado en la esfera individual trae aparejada la expansión de áreas donde el interés público y el privado se confunden. Esto mismo ocurre entre los intereses públicos y los colectivos, así como entre aquellos y los difusos.

IV. Intereses del grupo familiar

Como quiera que se entienda a la familia, ya sea como un "grupo de ascendencia común", con fines y rasgos característicos propios (subsistencia, educación, o protección, o socialización, o como "grupos de parentesco unilineal, corporativo donde las relaciones patrimoniales del grupo son claves" (alimentos, dote o sucesiones),[3] el Estado ha considerado al grupo familiar como una unidad social fundamental, al que ha otorgado una estructura institucional específica y mecanismo jurídicos para su defensa y protección.

En función de un interés de la comunidad, existen disposiciones jurídicas, tribunales y procedimientos judiciales especiales, para la regulación, trámite y resolución de los asuntos familiares.

Desde luego, en las relaciones familiares existen intereses que sólo incumben a los particulares *vgr.* el Estado se encarga solamente de garantizar las condiciones en que se pacten los regímenes patrimoniales del matrimonio.

Los intereses de ciertos miembros del grupo familiar, como son los menores o los incapaces pueden considerarse como intereses de un "tipo" o "clase", puesto que se trata de individuos que sin ser identificados se hallan en una especie de comunidad. La patria potestad, la tutela, la adopción, son instituciones que protegen los intereses de esa clase.

La pregunta que intentamos responder es ¿qué tipo de intereses protege el Ministerio Público, cuando interviene en asuntos de familia?

[3] Sobre el particular véase, Wolf, Eric, "Kinship, Friendship and Patron Client Relations" en Banton M. (ed.), Londres, Tavistock, 1966, pp. 1-22.

V. El Ministerio Público. Un recorrido histórico

Para los fines de este trabajo, resulta conveniente recordar los momentos más significativos de la historia del Ministerio Público. A través de este recorrido podremos observar las formas de intervención del Ministerio Público en defensa y protección de distintos tipos de intereses.

Sin acudir a remotos y nada precisos antecedentes, podemos afirmar que la institución nació en Francia. Felipe el Hermoso en 1303 dictó una ley en la que se crean ciertos funcionarios denominados *Procureurs du Roi*, cuya función era, representar al rey ante los tribunales. En 1449, una ordenanza estableció otro género de funcionarios: *le gens du roi*, encargados de la defensa de los intereses del príncipe y del Estado. Las funciones de *le gens du roi* consistían, por un lado, en propiciar la conservación de los derechos de la Corona y el castigo de los crímenes y, por el otro, en la protección de las viudas y los huérfanos. De alguna manera se dio una identificación entre los intereses de la Corona con los intereses de la nación, con el "bien común".

Con las formas de organización política que surgieron en Europa durante los siglos XVI y XVII, los intereses del rey comenzaron a declinar, los viejos conceptos políticos fueron sustituídos por otros, el interés público y su protección resultaron ser una exigencia en estos "nuevos" Estados. Los antiguos *gens du roi* se transforman en el *parquet* cuya función esencial consistía en la intervención en causas penales; su papel en los procedimientos civiles se reducía a la protección de los individuos considerados "débiles" (menores, viudas, ausentes, incapaces), participando como *partie Jointe*. Con eso se mostraba el interés directo del Estado en esas áreas de interés privado que se convirtieron así en "público".[4]

El modelo francés de Ministerio Público lo adopta España con las características que cada fuero le impuso. De España se traslada al México colonial. El antecedente legislativo más remoto que se tiene de este instituto en la *Nueva España* se encuentra en *La Recopilación de Indias* de 1626 y 1632 donde se recogen dos fiscales en la Real Audiencia de México: uno civil y otro criminal.

[4] "The Prokuratura and The Attorney General in Civil Litigation with a Glance at other Forms of Representation of Public and Group Interest in Civil Proceedings" en Cappelletti, M. y Jollowicz A. (ed.) *Public Interest Parties and The Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán, Dott, Giuffrè Editore, 1975 (en adelante citado como Public Interest Parties), p. 27.

La legislación española en México durante la colonia dio el nombre de "promotores" o "procuradores fiscales" a los funcionarios encargados de la defensa de los intereses (tributarios) de la Corona (actividad de la cual tomaron su nombre), la persecución y acusación penales y el asesoramiento de los tribunales, en especial de las audiencias, con objeto de vigilar la buena marcha de la administración de justicia.[5]

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814; la Constitución de 1824, las Siete Leyes de 1836, así como las Bases Orgánicas de 1843, hicieron a los procuradores o promotores parte integrante de los organismos judiciales, con las actividades a ellos tradicionales; sin embargo, no se llegó a crear un organismo unitario.

En 1857 la Constitución otorga a este instituto un perfil más preciso. El constituyente liberal dispuso que la Suprema Corte estuviera integrada por once ministros propietarios, cuatro suplentes, un *fiscal* y un *procurador* general. El fiscal era oído en todas las causas criminales, en las controversias sobre jurisdicción y competencia y en caso de dudas con respecto a la interpretación de la ley, siempre que el fiscal así lo solicitara y la Corte lo juzgara oportuno. Esta función convertía al fiscal en un órgano de consulta. Sin embargo, su intervención estaba condicionada a la aprobación de la Corte de quien dependía. El procurador, por su parte, intervenía en los negocios en los cuales estuviera interesada la Hacienda Pública.

En 1900 una reforma a la Constitución separa al fiscal y al procurador de la composición de la Suprema Corte, asignado a una ley especial del Ministerio Público. Desde entonces el procurador y los demás miembros del Ministerio Público son designados por el Ejecutivo, desligándose, así, del poder judicial.

En 1903, el presidente Díaz, promulga la primera Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal. Esta ley concibe al Ministerio Público ya no como un auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio, que interviene en los asuntos que afectan el interés público considerando como tal, en la protección judicial de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal. A la cabeza de la institución se encuentra el procurador de Justicia.[6]

[5] Fix-Zamudio, Héctor, "Ministerio Público", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, I.I.J.

[6] Sobre este particular, véase: Castro, Juventino, *El Ministerio Público en México*, México, Porrúa, 1983, pp. 8 y ss.

En el fuero federal, la Ley de Organización del Ministerio Público de 1908 instituyó el Ministerio Público como el órgano encargado de auxiliar la administración de justicia en el orden federal, procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de la competencia de los tribunales federales y defender los intereses de la Federación ante la Suprema Corte de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de Distrito. A todo esto suma una nueva facultad: la asesoría jurídica al Ejecutivo Federal.

Esta breve revisión de antecedentes del Ministerio Público permite recoger ciertos datos particularmente importantes para nuestro estudio, que, como señalé, se ocupa de la intervención del Ministerio Público para la protección de ciertos intereses privados que el Estado decide proteger, no pretendo analizar las otras funciones del Ministerio Público en defensa de los intereses de la Federación o de la hacienda pública o del interés de la colectividad en la persecución de los delitos. Estos temas rebasan nuestro propósito además de que han sido objeto de estudio por connotados especialistas.

El primer punto que llama nuestra atención es la diversidad de nombres con que se conoce a la institución; hecho que se explica por "la preferencia que se asigna a algunas de sus variadas y, en ocasiones, contradictorias funciones que se le tribuyen".[7]

Esta variedad de denominaciones y la preferencia que cada una de ellas supone da fe de la complejidad que existe en la identificación de los intereses, así como defensa y protección de algunos.

Entre las denominaciones más comunes se encuentran: 'promotor', 'fiscal', 'procurador', 'ministerio fiscal'. La de 'ministerio público' goza de mayor aceptación. Por otro lado, llamamos 'procurador general' al jefe del ministerio público. Tales nombres son indicativos de una función particularmente destacada: defensa, asistencia, persecusión penal, vigilancia del cumplimiento de la ley, entre otras funciones.

El tipo de intereses que ha protegido el Ministerio Público desde su aparición es nuestro segundo foco de atención. En la Francia de 1303 el *Procureur du Roi* surge como un representante del rey; después lo fue también, de ciertos particulares (huérfanos, viudas, ausentes). La lesión o la desprotección de estos últimos constituía una lesión a la sociedad, por tanto, el Estado tenía interés en protegerlos. Los *Procureurs* fueron una implementación de esa política.

[7] Fix-Zamudio, Héctor. "La función constitucional del Ministerio Público", *cit.*, p. 147.

En cuanto al enjuiciamiento civil, las funciones desarrolladas por el Ministerio Público en Francia, España y, después, en nuestro país, se limitaron a la protección de ciertas clases de individuos, viudas, ausentes o incapaces y a la vigilancia del cumplimiento de la ley. En México, esta función pudo ser cumplida más cabalmente cuando se otorgó al Ministerio Público autonomía con respecto del poder judicial en 1900.

VI. Legislación actual

El artículo 102 de la Constitución establece las atribuciones del Ministerio Público federal, al que por razones de competencia no le corresponde intervenir en materia civil. En el Distrito Federal, en cambio, con fundamento en el artículo 73, frac. VI, de la Constitución la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia, el Código Civil y el Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal, señalan las atribuciones del Ministerio Público en materia civil (legislación similar existe en las demás entidades federativas).

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal dispone en sus artículos 1º frac. XIII y 2º frac. XXII, que corresponde al Ministerio Público intervenir, en los términos de la ley, en la protección de los incapaces y en los procedimientos del orden civil y familiar que se ventilen ante los tribunales respectivos a través de los agentes del Ministerio Público adscritos al ramo penal, civil y familiar.

Los artículos 36 y 37 del mismo articulado ordenan a los agentes del Ministerio Público la intervención que las leyes y reglamentos les señalen, debiendo poner especial cuidado en la protección de incapaces, así como en el debido trámite y resolución de las cuestiones civiles y las concernientes al régimen de la familia. De conformidad con estos artículos, los agentes del Ministerio Público tienen obligación de informar de su intervención al Director General de Control de Procesos, para que éste decida la forma de actuar del Ministerio Público; asimismo, deben poner en conocimiento de la Dirección las irregularidades que adviertan en el juzgado o sala de su adscripción.

El Código civil para el Distrito Federal prevé la intervención del Ministerio Público en cuestiones relativas al registro civil, a la nulidad del matrimonio, alimentos, adopción, patria potestad, tutela, filiación,

patrimonio de familia, sucesiones, algunos de cuyos aspectos analizaremos más tarde.[8]

El Código de Procedimientos Civiles de esta misma entidad dispone en sus artículos 48, 165, 166 y 675 que el Ministerio Público represente al ausente, a los menores y a los incapaces; asimismo, que intervenga en actuaciones judiciales que afecten derechos de familia y en los juicios de divorcio voluntario.

VII. Función procesal del Ministerio Público en materia civil

¿Cuál es la función del Ministerio Público en el enjuiciamiento civil? Interviene de dos maneras: como parte principal, —ya sea como actor o demandado— o como tercero en calidad de opinante social, o si se prefiere, como "requiriente" o "interviniente" para usar las palabras de Santiago Oñate.[9]

1. *El Ministerio Público como órgano requiriente o accionante*

En este carácter, el Ministerio Público realiza los actos de impulso procesal establecidos en la ley. El Ministerio Público no goza de discrecionalidad necesaria para decidir su intervención en los casos concretos, discrecionalidad de la que gozan, por ejemplo, el Ministerio Público francés o la *prokuratura* soviética. "La intervención del Miniterio Público —señala Santiago Oñate— no es de tipo general o abstracto, su legitimación se encuentra circunscrita a las hipótesis previstas por la ley".[10] La falta de discrecionalidad del Ministerio Público para decidir su intervención limita de forma determinante la función tutelar que supuestamente debe realizar.

La función del Ministerio Público como órgano accionante, se observa claramente en su participación en los litigios que versan sobre la nulidad del matrimonio. Los artículos 242, 243, 244, 248 y 249 del Código Civil disponen que el Ministerio Público puede ejercitar la acción de nulidad de matrimonio. Pero ¿qué tipo de interés protege el Ministerio Público cuando ejercita una acción de nulidad de matrimo-

[8] *Vid.*, artículos 53, 242, 243, 244, 248, 249, 315, 368, 380, 381, 397, 398, 405, 422, 497, 504, 506, 507, 522, 533, 543, 730, 734, 745. Código Civil para el Distrito Federal.

[9] *Vid.*, "El Ministerio Público en el proceso civil mexicano" en *Comunicaciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IX Congreso Internacional de Derecho Comparado en Teherán 1974, México, 1977, p. 64.

[10] *Vid.*, *El Ministerio Público en México*, p. 64.

nio? Su intervención puede basarse en la existencia de un matrimonio anterior, en el parentesco por consanguinidad de los cónyuges o por el atentado contra la vida de un cónyuge para casarse con el que queda libre. Es claro que si los cónyuges no inician el juicio, es que no tienen interés en la declaración de nulidad del matrimonio, de ahí que la función del Ministerio Público no sea la protección de los intereses de los cónyuges. Tal vez proteja otros intereses privados, pero se advierte fácilmente que con esta intervención se busca la protección del interés de la colectividad, interés en que no subsista un caso de bigamia, en que no se casen parientes entre sí y en que el autor de un hecho ilícito no se beneficie del mismo.

Existen otros ejemplos en los cuales el Ministerio Público actúa como órgano accionante: el artículo 368 faculta al Ministerio Público a oponerse al reconocimiento de un menor cuando se efectúe en su perjuicio. El artículo 422 del mismo Código dispone que cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas a quienes incumbe la obligación de educar a sus hijos, no lo hacen, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Público para que éste promueva lo que corresponda. El mismo ordenamiento en su artículo 507 faculta al Ministerio Público a promover la remoción de los tutores, en los casos que el propio código establece.

Si bien en estos ejemplos el Ministerio Público protege un interés privado, referido a un individuo concreto (el menor), al hacerlo también protege el interés de un grupo, los "menores" y el de la sociedad: interés en que sus menores estén convenientemente amparados contra aquellos que pretendan causarles un perjuicio o no cumplan con sus obligaciones para con ellos. El artículo 734 del Código Civil autoriza al Ministerio Público a exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia. En este caso, se protege en concreto, el interés de un grupo familiar, pero también el interés de la colectividad: el de proporcionar protección a la familia.

2. *El Ministerio Público como órgano interviniente*

Como ya señalamos, además de la actividad directa o accionante, el Ministerio Público participa en causas civiles como un órgano de consulta, realizando funciones dictaminadoras. Existe un área extensa de cuestiones consideradas de interés privado, donde en caso de controversia, se deja exclusivamente a los particulares la carga de defender sus intereses. Sin embargo, cuando el área o el tipo de controversia está

"marcada" legalmente en el interés público, interviene el Ministerio Público expresando su opinión, defendiendo intereses del orden social, de la comunidad en su conjunto.

Las actividades del Ministerio Público en su carácter de órgano interviniente son múltiples. Las más significativas se presentan en relación con los procesos y procedimientos en que se afectan relaciones familiares, tales como la aprobación o rechazo de los convenios de divorcio voluntario, la consulta respecto de un tutor dativo, el dictamen sobre adopción, la opinión en caso de extinción del patrimonio de familia. Basten estos ejemplos para mostrar la intervención del Ministerio Público en calidad de órgano consultivo.

3. *El Ministerio Público como guardián de la legalidad*

Otra de las funciones que realiza el Ministerio Público es la supervisión de la observancia de la ley en los procesos. A esta función, sin embargo, no se le concede la importancia que se reconoce al Ministerio Público Francés, o a la *prokuratura* soviética. Según quedó establecido en el breve recorrido histórico que presentamos, desde el México colonial los promotores o procuradores fiscales vigilaban "la buena marcha de la administración de justicia". En la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal de 1903, se expresó que dicho instituto era el representante de la sociedad ante los tribunales "para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social cuando ha sufrido un quebranto".

De conformidad con los artículos 36 y 37 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público debe de cuidar el debido trámite y resolución de cuestiones civiles y familiares, poniendo en conocimiento del Director General de Control de Procesos las irregularidades que adviertan en el juzgado o sala de su adscripción, para que este pueda controlar o dividir el curso de la actuación del Ministerio Público. En esta amplísima facultad discrecional algunos autores encuentran la función de la tutela de la legalidad al supervisar la buena marcha y despacho de los negocios que se tramiten en los tribunales.[11]

[11] En este sentido, véase: Fernández del Castillo, Javier, "El Ministerio Público" en *Revista Investigaciones Jurídicas*, México, tomo I, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, 1984, p. 465.

VIII. Observaciones críticas a la institución

En cuanto a la protección de intereses se refiere, el Ministerio Público realiza una importante función social, que es la síntesis de los intereses privados y públicos. El Ministerio Público vela por los intereses particulares de aquellos que por alguna circunstancia no están en situación de defenderse (*vgr.* ausentes, incapaces o desvalidos), pero, con ello defiende igualmente un interés general. Su actividad muestra que puede defenderse un interés general al defenderse un interés privado.

Algunos autores, atendiendo a la actividad desarrollada por el instituto en México, someten al Ministerio Público a fuertes críticas: Fix-Zamudio ha denunciado en diversos foros la deficiente intervención procesal del Ministerio Público como representante social y su limitada actividad en la práctica. En este ámbito, señala Fix, el Ministerio Público "ha adoptado una actitud pasiva e incluso indiferente." En cuanto a sus atribuciones consultivas, éstas, —sigue diciendo Fix—, significan "un mero trámite al cual los jueces conceden escasa importancia, entre otras consideraciones, por su superficialidad, y el hecho de que la ley no les otorgue un carácter vinculante".[12]

Las anteriores consideraciones nos llevan a plantear el problema de la eficiencia e idoneidad del Ministerio Público en la defensa de ciertos intereses en el enjuiciamiento civil. El Ministerio Público ha sido considerado habitualmente como el método institucional para asegurar que el interés público, el interés de la colectividad o el interés general esten adecuadamente representados en los enjuiciamientos civiles.[13]

La intervención del Ministerio Público en el procedimiento civil y penal como representante social se justifican doctrinalmente afirmando que constituye el órgano encargado de proteger el interés público. Pero ¿cuál es ese interés público que representa o defiende el Ministerio Público? Santiago Oñate señala que el interés público constituye una "noción vacía" o, por lo menos, un concepto de uso alternativo.[14] Esto no significa que dicha noción no pueda ser caracterizada, sino simplemente que el interés público no puede ser determinado *a priori*. No existe un interés público *en sí*, siempre público, sino sólo

[12] *Vid.*, "Ministerio Público" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, I.I.J., UNAM, t. V, 1984.

[13] Cappelletti, Mauro, *Public Interest Parties*, *cit.*, p. 2.

[14] *Vid.*, "El Ministerio Público en el proceso civil mexicano", *cit.*

el interés público jurídicamente establecido, cuando cierta pretensión, urgencia o necesidad es considerada por los órganos específicos (*vgr.* el legislador), como teniendo interés público que afecta a la comunidad en su conjunto. Por supuesto, en el caso de las intervenciones del Ministerio Público es el propio legislador quien establece el interés público de determinada actividad. En este mismo sentido, Oñate explica que para determinar la relación entre el interés público y la intervención del Ministerio Público en el enjuiciamiento civil se dispone de dos métodos: (1) señalar los intereses concretos que con su intervención promueve el Ministerio Público y aplicar a los mismos el predicado de "interés público" y (2) aplicar a los intereses promovidos por el Ministerio Público el predicado "de interés público" tomando en cuenta las necesidades sociales que en todo proceso necesariamente se manifiestan.[15]

Cappelletti por su parte, sostiene que el problema social de la representación de intereses individuales en el enjuiciamiento civil va más allá de la dicotomía "pública y privada", la cual no refleja la amplia gama de intereses que existen: individuales, de grupo, colectivos, nacionales, supracionales, etcétera,[16] que esta representación supone.

IX. Alternativas para la protección de estos intereses

1. *El problema*

La ineficiencia del Ministerio Público en la representación de los distintos tipos de intereses de las sociedades modernas ha quedado manifiesta desde hace tiempo. Por ello, se han avanzado variadas respuestas al problema. Mauro Cappelletti, después de un amplio análisis comparativo sobre esta cuestión, llega a la conclusión de que, además del Ministerio Público francés y sus derivados, la *prokuratura* soviética y el *Attorney General* (al cual identifica con los otros institutos porque dependen del gobierno), existen otras soluciones al problema de la representación de los intereses públicos, particulares o de grupos en el proceso civil; *Private Attorney General*, el *Relator Class* y organismos gubernamentales, así como grupos de particulares organizados.

[15] *Vid.*, "El Ministerio Público en el proceso civil mexicano", *cit.*, p. 67.
[16] *Vid.*, *Public Interest Porties*, *cit.*, p. 22.

2. *La prokuratura*

La institución soviética, derivada del Ministerio Público francés, como su modelo, interviene cuando así lo decide, supervisando la observancia de la ley. No obstante, su genealogía, en cuanto a su funcionamiento, la *prokuratura* presenta diferencias radicales con respecto a los modelos occidentales. En el sistema socialista, los asuntos civiles siempre presuponen un interés público y uno social cuya protección o representación no puede quedar a la iniciativa particular. El procurador general, directamente y a través de los procuradores a él subordinados, vigila la legalidad de los procedimiento. En caso necesario, el procurador debe tomar las medidas necesarias para terminar con las infracciones a la ley.

3. *Attorney General*

Estados Unidos, Canadá, Australia y otros países pertenecientes a la familia del *Common Law*, tienen como homólogo del Ministerio Público y de la *prokuratura* soviética, a la institución conocida como *Attorney General*. El papel de este instituto está, sin embargo, restringido a una esporádica presencia como *amicus curiae* en aquellos juicios en los cuales se pueda identificar un interés nacional. Aparece sólo de vez en cuando, por propia iniciativa o por requerimiento judicial, para alegar y presentar pruebas. Su posición en el juicio es de uno o de otro lado del litigio, esto es, como una tercería coadyuvante. En principio, tiene capacidad para intervenir en los juicios como representante de la Corona o como representante de un vagamente definido interés público, sin embargo, su participación en este tipo de asuntos es muy poco frecuente. Los dos funcionamientos principales del *Attorney General* son ser consejero jurídico de la Corona o del ejecutivo, y ejerce la persecución penal.

4. *Organismos gubernamentales*

Otra respuesta al problema , ha sido el establecimiento de organismos gubernamentales especializados en la protección de ciertos intereses. Las sociedades han desarrollado necesidades tan particulares o técnicas que el Ministerio Público o los órganos homólogos resultan inadecuados para protegerlos. Este hecho claramente impide al Ministerio Público representar adecuadamente este tipo de intereses. Para remediar

esta situación han proliferado oficinas especializadas separadas del Ministerio Público, por ejemplo: *el Child Welfare Committee*, en Suecia, la *Finanzaprokuratura*, en Austria; el *Ombusman*, en Escandinavia; etcétera, para citar ejemplos de la defensa de intereses especializados, menores, finanzas y demás.

Cappelletti considera un defecto de estos organismos la tendencia a asumir una psicología burocrática y adaptar la estructura jerárquica propia del sector público. Esto hace que sus intervenciones sean rígidas y centralizadas. Esta actitud se describe perfectamente en las palabras de Pietro Veri, quien dice de ellas: "les derniers qui voyent clair les interés de la société sont pour l'ordinaire ceux qui sont payés pour les voir".

X. Variaciones al esquema típico del proceso

A través de la *Class action*, uno o más miembros de un grupo (clase) están facultados para accionar en juicio en defensa de todo el grupo que tiene un interés común con el que actúa. Este sistema fue instaurado por la jurisprudencia estadounidense desde hace tiempo. Hay autores que encuentran los antecedentes de la institución en el "Bill of peace" de la justicia inglesa, que se concedía en los juicios de *"equity"*, para evitar la proliferación de pleitos idénticos.[17]

Se persigue, como finalidad práctica, evitar multiplicidad de litigios, pero simultáneamente se atiende al interés de las propias partes.

La regla 23 (a) de la *"Federal Rules of Civil Procedure"* exige los siguientes requisitos para el ejercicio de la *Class action*: *a)* un grupo numeroso de personas que haga imprácticа la separación del litigio; *b)* una reclamación típica, esto es, la pretensión de una situación jurídica común a los integrantes de la *"clase"* y *c)* que los que se presenten manifiesten una adecuada representación.[18]

Los países del *Common Law* admiten instituciones similares. El *Relator Actor*, es un particular autorizado por el *Attorney General* que representa un interés general en juicio. A las asociaciones para la defensa del *public interest* se les reconoce legitimación para actuar procesalmente en defensa no sólo de sus miembros, sino de otros con idéntico interés.[19]

[17] Vescovi, Enrique, "Protección de intereses colectivos y del consumidor" en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, t. XXXIV, UNAM, 1984, p. 584.

[18] Vescovi, Enrique, *idem.*, p. 584.

[19] *Vid.*, "La función constitucional del Ministerio Público", *cit.*, p. 191.

XI. Conclusiones

Habitualmente se sostiene que el Ministerio Público es la instancia que asegura que el interés público esté representado en los juicios civiles. El objeto de este estudio ha sido precisamente determinar el alcance de la intervención del Ministerio Público en los procedimientos civiles en que se ventilen asuntos de la familia.

El breve recorrido histórico sobre el desarrollo del instituto y el somero análisis de sus rasgos y funciones características, nos han permitido entender la falta de idoneidad del Ministerio Público para la tutela de los intereses de la familia o de sus miembros.

En particular, la falta de discrecionalidad para decidir su intervención en los asuntos del orden familiar como órgano accionante, así como la burocratización de sus actividades como órgano interviniente y el franco incumplimiento de sus funciones como vigilante de la ley, hacen a este órgano altamente ineficaz e inapropiado para defender los intereses del grupo familiar.

La ineficacia del Ministerio Público en lo que se refiere a su función tutelar no es exclusiva de nuestro país. De ahí que otros sistemas jurídicos hayan buscado alternativas para la defensa de intereses de cierto tipo.

Una *prokuratura* con amplias facultades es la respuesta soviética; el *Attorney General*, las *Class actions* y sus diversas modalidades y variaciones son las soluciones planteadas por los países del *Common Law*. Los organismos gubernamentales especializados que no pertenecen a ningún sistema en especial constituyen otra alternativa.

En nuestro país, la ignorancia, las precarias condiciones cívicas y económicas, aunados a la falta de conciencia ciudadana suficientemente sólida, impiden la unión de los particulares en defensa de sus intereses. Por lo anterior y no obstante, las críticas que se han dirigido a los organismos gubernamentales, personalmente creo que éstos constituyen la respuesta adecuada para la defensa y representación de los intereses del grupo familiar. Esta conclusión es compatible con la de Fix-Zamudio en el sentido de que las funciones del Ministerio Público deben limitarse a su intervención en el proceso penal, dejando para otros organismos más idóneos, por ejemplo, un instituto integrado con especialistas en materia familiar, la representación y defensa de los intereses de ese grupo social.

SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE AMPARO EN VENEZUELA

Allan R. BREWER-CARÍAS *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho de amparo y la acción de amparo.* 1. *El fundamento constitucional del derecho de amparo.* 2. *El amparo como derecho a un medio judicial de protección.* 3. *La "acción de amparo" como vía judicial subsidiaria.* 4. *La protección de todos los derechos y garantías constitucionales.* 5. *El sentido de vulneración a los derechos y garantías protegidos por el derecho de amparo y la peligrosa tesis de la "violación directa" de la Constitución.* 6. *El objetivo del derecho de amparo: el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.* 7. *El amparo como derecho y no como "un" recurso o acción y sus consecuencias.* III. *La admisibilidad jurisprudencial de la acción autónoma de amparo.* 1. *El criterio de la Corte Suprema de Justicia en 1970: el carácter programático de la norma constitucional (el amparo como "acción" y no como un derecho constitucional).* 2. *El acuerdo de la Corte Suprema de 1972: la restricción del procedimiento transitorio de* habeas corpus *sólo para proteger la libertad personal.* 3. *El amparo en las convenciones internacionales a partir de 1977: el derecho de amparo mediante vías judiciales.* 4. *Los cambios jurisprudenciales en los tribunales civiles de instancia en 1982: la admisibilidad de la acción autónoma de amparo respecto a todos los derechos constitucionales.* 5. *El nuevo criterio de la Corte Suprema de 1983: el amparo como un derecho y no sólo como una garantía procesal.* 6. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en 1984: el carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo.* 7. *El amparo frente a las actuaciones de particulares.* IV. *Los principios jurisprudenciales relativos a la acción autónoma de amparo.* 1. *La ausencia de la ley especial reguladora del derecho de amparo no impide el ejercicio de la acción autónoma de amparo.* 2. *La competencia para conocer de la acción de amparo corresponde a todos los tribunales de acuerdo a su competencia natural y específica.* 3. *El carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo.* 4. *El carácter breve y sumario del procedimiento.* 5. *Los poderes del juez de amparo.*

I. INTRODUCCIÓN

En 1970, con motivo del homenaje al profesor Lorenzo Herrera Mendoza, el profesor Héctor Fix-Zamudio publicó en Caracas un excelente estudio sobre "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo

en México y Venezuela",[1] en el cual señalaba que la Constitución de 1961, al incorporar a su texto el artículo 49 que regula el derecho de amparo, "consagró definitivamente el derecho de amparo como instrumento procesal para proteger todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente", en lo que calificó como "uno de los aciertos más destacados de la avanzada Carta Fundamental de 1961".[2]

En el mundo de habla hispana ningún autor ha estudiado tanto y tan bien, ni ha publicado tanto sobre el derecho de amparo y las diversas acciones de amparo existentes en absolutamente todos los países del mundo, como lo ha hecho el profesor Fix-Zamudio. De allí la importancia que para Venezuela tienen los conceptos por él vertidos entorno a nuestro "derecho de amparo" y, más aún, su comparación con el muy conocido "juicio de amparo" mexicano.

Por ello, con ocasión del libro homenaje que tan merecidamente publica la Universidad Nacional Autónoma de México al profesor Fix-Zamudio, hemos querido dedicarle este trabajo sobre la situación actual del derecho de amparo en Venezuela, tres lustros después que él publicara sus comentarios comparativos.

En efecto, en 1970, cuando publicara su estudio sobre la institución venezolana, en el Congreso Venezolano se discutió la posibilidad de la reglamentación legal del artículo 49 de la Constitución, a cuyo efecto se habían presentado diversos proyectos de ley a la consideración de las cámaras legislativas. Por tal motivo, muchas de las observaciones que formuló el profesor Fix-Zamudio estaban dirigidas a los redactores de la proyectada Ley de Amparo, la cual, sin embargo, y lamentablemente, en 1986 aún no se ha dictado. La situación legislativa actual concerniente al derecho de amparo, por tanto, no ha variado mayormente desde 1970; no obstante, en cuanto a la naturaleza y sustantividad de este derecho, profundos cambios se han operado con motivo de la interpretación y aplicación que del artículo 49 han venido realizando los tribunales de la República, lo cual queremos destacar en estas líneas. A tal efecto, nuestro estudio sobre la situación actual del derecho de amparo en Venezuela lo dividiremos en tres partes: en primer lugar, analizaremos el sentido de la regulación constitucional del "derecho de amparo" y su diferenciación con la "acción de am-

[1] Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela", *Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, tomo II, pp. 333-390.

[2] *Idem*, pp. 343 y 345.

paro" que se ha venido desarrollando jurisprudencialmente y que habrá de ser objeto de una futura regulación legislativa; en segundo lugar, estudiaremos la evolución jurisprudencial entorno a la admisibilidad del ejercicio de la acción de amparo, en ausencia de una regulación legislativa sobre la materia, y en tercer lugar, expondremos los rasgos fundamentales de la acción autónoma de amparo en el sistema venezolano actual, tal y como se ha venido delineando en la jurisprudencia.

II. El derecho de amparo y la acción de amparo

Una de las más importantes innovaciones democráticas en toda la trayectoria constitucional venezolana, y que contiene la Constitución de 1961, fue el establecimiento del amparo como un derecho fundamental en el artículo 49 de dicho texto, y que no sólo amplió el sistema de protección de las libertades que se había establecido en textos anteriores[3] y que había culminado en la Constitución de 1947 con el establecimiento del recurso de *habeas corpus,* como protección a la libertad personal,[4] sino que condujo al establecimiento de una institución peculiar.

1. *El fundamento constitucional del derecho de amparo*

Podemos afirmar, sin la menor duda, que el derecho de amparo como protección judicial, establecido en la Constitución de 1961, presenta unas peculiaridades que lo hacen diferente a las instituciones similares de protección de los derechos y garantías constitucionales en el mundo contemporáneo, tanto en Europa, como en América Latina.[5]

En efecto, el artículo 49 de la Constitución, establece lo siguiente:

> Artículo 49. Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la Ley.

[3] Para el estudio histórico de las disposiciones constitucionales y legislativas y los aportes doctrinales concernientes al amparo, véase Agudo Freites, Esteban, "Estado actual de la acción de amparo en Venezuela", *Estudios sobre la Constitución. Libro homenaje a Rafael Caldera,* Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979, tomo II, pp. 659-773.

[4] Artículo 32 de la Constitución de 1947.

[5] Véase en general Fix-Zamudio, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales,* Madrid, 1982, p. 366.

> El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

A pesar de tratarse, como hemos dicho, de una innovación en nuestra tradición constitucional, sin embargo, la Exposición de Motivos del texto, al comentar el contenido del capítulo primero sobre "disposiciones generales", del título III sobre "Deberes, derechos y garantías", se limitó a constatar simplemente "la consagración del *derecho de amparo*", y agregar posteriormente que: "en cuanto al amparo, se establece solamente el principio general para que la ley lo reglamente; pero a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la Ley respectiva, se consagra en las Disposiciones Transitorias, el derecho de *habeas corpus*, reglamentándolo de manera provisional",[6] y así, en efecto, la disposición transitoria quinta de la Constitución estableció las normas conforme a las cuales debe procederse en el caso de: "el amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución."

De acuerdo a estas normas, por tanto, la Constitución Venezolana de 1961 consagró el *derecho de amparo* como un derecho fundamental, que se puede materializar a través del ejercicio de diversos medios judiciales destinados a proteger todos los derechos y garantías constitucionales, a los efectos de asegurar el goce y ejercicio de los mismos por todo habitante de la República, incluyendo dentro de tales derechos y garantías a la libertad personal. Por ello, la Exposición de Motivos califica el "derecho de *habeas corpus*" como una manifestación del más amplio "derecho de amparo".[7]

Conforme al texto constitucional, en consecuencia, puede admitirse que el amparo se consagra como *un derecho* de los habitantes del país de exigir ante todos los tribunales, según su competencia, y de acuerdo a lo que la ley establezca, la protección y el aseguramiento del goce y ejercicio de todos los derechos y garantías que la Constitución establece o que sean inherentes a la persona humana, frente a cualquier perturbación —provenga ésta de entes públicos o de particulares—,

[6] Véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, núm. 21, pp. 371-420; en particular véase pp. 380-381.

[7] *Idem*, p. 381. El derecho de amparo (artículo 49 de la Constitución) es entonces diferente al más amplio derecho de acceder a la justicia regulado específicamente en el artículo 68 de la Constitución.

mediante un procedimiento que debe ser breve y sumario, y permitir al juez restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

La Constitución, por tanto, no establece "una" acción o recurso de amparo, como un particular medio de protección judicial, sino un "derecho de amparo" como derecho fundamental que se puede materializar, y de derecho se materializa, a través de diversas acciones y recursos judiciales, incluso, a través de una "acción de amparo" de carácter subsidiario.

El artículo 49 de la Constitución, por tanto, no establece una particular "garantía" constitucional de orden constitucional para proteger los derechos constitucionales, sino, más que eso, establece un verdadero derecho constitucional: el derecho de todos a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Este carácter del amparo, como un "derecho constitucional", en nuestro criterio es el elemento clave para identificar la institución venezolana,[8] y, en definitiva, su no consideración como una sola acción o recurso, sino como un derecho, es lo que justifica el cambio de criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en 1983 respecto de su tesis sustentada en 1970, como se verá más adelante, sobre la posibilidad del ejercicio de la acción de amparo aun en ausencia de la ley reglamentaria prevista en la Constitución: si la norma del artículo 49 consagrara "una acción o recurso" de amparo, el artículo 50 del texto constitucional le sería inaplicable;[9] en cambio, si el artículo 49 de la Constitución consagra un derecho fundamental, como en efecto sucede, se aplica el texto de dicho artículo 50 de la Constitución al disponer que "la falta de ley reglamentaria" de los derechos constitucionales enunciados en el texto, no menoscaba el ejercicio de los mismos.[10] Este es el criterio dominante en la jurisprudencia y en nues-

[8] Véase Brewer-Carías, Allan R., "El derecho de amparo y la acción de amparo", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 22, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, pp. 51 y ss.

[9] Como lo sostenía la Procuraduría General de la República en 1970: "el amparo, más que un derecho constituye una garantía de protección de los derechos, y de acuerdo con la letra de la Ley sólo los derechos pueden ser ejercidos aún antes de promulgada la Ley reglamentaria respectiva". Véase *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1970*, Caracas, 1971, p. 35.

[10] Este criterio del amparo como un derecho lo destacó en 1970, Jesús Ramón Quintero, cuando al comentar una decisión de la Corte Superior Cuarta en lo Penal, entorno a un recurso de amparo de 22 de diciembre de 1969, señaló: "Existe pues, según el fallo de la Corte, un derecho de los individuos al amparo, y un deber u obligación de los Tribunales de concederlo cuando sea procedente, tal derecho y tal obligación, tiene una base en la propia Constitución la cual a su vez, y de un modo terminante que no admite ningún tipo de duda establece que su solo

tra opinión el más importante elemento diferenciado de la institución de amparo en Venezuela.

2. *El amparo como derecho a un medio judicial de protección*

La consideración del amparo constitucional como un derecho fundamental a un medio de protección jurisdiccional trae como consecuencia ante todo, se insiste, en que el amparo no es, precisamente, ni una "acción" ni un "recurso", pues la Constitución no identifica el "derecho de amparo" con ninguna vía o medio judicial concreto. Por tanto, tal como está concebido en la Constitución, el amparo puede materializarse en un recurso, en sentido estricto, de revisión de decisiones administrativas o judiciales, o puede configurarse como un proceso autónomo, o como "una acción autónoma" que no consista necesariamente en la revisión de determinado acto jurídico. Por eso, el amparo puede indistintamente consistir en un "recurso" o en una "acción" autónoma. Depende de las regulaciones legales.

Pero además, tal como lo concibe el artículo 49 de la Constitución, el amparo no sólo se establece como un "derecho" de los habitantes de la República a ser amparados en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, sino que, en realidad, además se configura como un deber de "los tribunales" de amparar a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de tales derechos. Por eso inicia el artículo 49 afirmando: "Los tribunales ampararán..." Por ello hemos señalado que el amparo, tal como está en el texto constitucional, no se lo concibe como una acción o un recurso judicial únicos o como una sola acción autónoma, necesariamente independiente de todas las otras acciones o recursos judiciales previstos para la defensa de los derechos y garantías constitucionales, sino que la Constitución es lo suficientemente amplia y flexible como para permitir que el legislador pueda organizar diversos sistemas judiciales de amparo de los

texto es suficiente para que los Tribunales concedan el amparo, pues la falta de Ley reglamentaria de los derechos, aunque no deseable, no puede convertirse en un obstáculo para el cabal y completo goce y disfrute de esos derechos que la Constitución establece y aún de aquellos que no están establecidos en forma expresa, pero que sean inherentes a la persona humana." Véase "Recurso de amparo. La cuestión central en dos sentencias y un voto salvado" en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, núm. 9, Universidad Católica Andrés Bello, 1969-1970, pp. 161 y 162 (en las páginas 166 y siguientes refuerza el mismo argumento). El texto de la sentencia que comenta y del voto salvado a la misma puede verse en las pp. 180-206. Véase asimismo el texto del voto salvado en Marín Gómez, Otto, *Protección procesal de las garantías constitucionales de Venezuela. Amparo y Habeas Corpus*, Caracas, 1983, pp. 229-250.

derechos y garantías constitucionales, sea a través de acciones o recursos judiciales tradicionales o, para el caso de que éstas no permitan la adecuada protección de los derechos, mediante una vía general y subsidiaria, de acción de amparo.

Por tanto, puede haber, y de derecho hay, muchos medios judiciales de protección que permiten a los particulares ser amparados en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, mediante un procedimiento breve y sumario, en el cual el juez tiene competencia para restablecer inmediatamente las situaciones jurídicas infringidas por cualquiera.

En estos casos, no es que estas vías judiciales ya previstas sustituyan el derecho de amparo (o lo desmejoren), sino que sirven como medio jurisprudencial de amparo, para lo cual, en muchos casos, tienen que ser perfeccionadas. Esa debe ser la labor del legislador en la futura ley del derecho de amparo.

Pero, a pesar de esta multiplicidad de vías de protección judicial de los derechos y garantías constitucionales que aseguran el "derecho de amparo" previsto en la Constitución, es indudable que, dado el carácter omnicomprensivo de la protección que "en conformidad con la ley" establece el texto fundamental para que aquel derecho de amparo sea realmente efectivo, resulta indispensable identificar además una "acción de amparo", de carácter subsidiario, y que procedería sólo si no hay esos otros medios judiciales de protección y amparo de los derechos y garantías constitucionales legalmente previstos, es decir, establecidos formalmente por la ley.

Por tanto, si bien el "derecho de amparo" puede asegurarse a través de múltiples vías (acciones o recursos) judiciales preexistentes, en cuyo caso el "derecho de amparo" no se identifica con ningún recurso o acción judicial concreto, ni por tanto, se diferencia de ellos; en el caso de "la acción de amparo" que, como hemos dicho, tiene carácter subsidiario, en el sentido de que procede sólo cuando no hay otro medio de protección o de amparo formalmente previsto en el ordenamiento jurídico, esa acción de amparo subsidiaria si aparece como diferenciada de los otros medios de protección judicial de derechos y de garantías, y de defensa incluso de la propia Constitución.

Esto nos conduce, por supuesto, a plantear de inmediato la enorme diferencia que existe entre el derecho de amparo e, incluso, la subsidiaria acción prevista en la Constitución, y el "juicio de amparo" mexicano, en el cual, realmente se mezclan bajo una misma denominación cinco acciones o recursos judiciales que en nuestro sistema judicial son

absolutamente diferenciadas. Estas acciones y recursos que se engloban en México en la única denominación de juicio de amparo, son, en primer lugar, el amparo a la libertad que, en realidad, es el recurso de *habeas corpus;* en segundo lugar, el llamado amparo contra leyes", que se identifica con nuestras acciones de nulidad de las leyes por inconstitucionalidad, tanto por vía de acción popular, como por vía indirecta de la desaplicación de la ley inconstitucional por los jueces; en tercer lugar, en México se engloba dentro de la acción de amparo el llamado "amparo de casación" que, verdaderamente, se identifica con nuestro recurso de casación; en cuarto lugar, también se engloba, dentro del amparo mexicano, el denominado "amparo administrativo", que se identifica con lo que en nuestro ordenamiento constitucional se regula como los recursos contencioso administrativos de anulación de los actos administrativos, y en quinto lugar, también se engloba dentro del amparo mexicano el llamado "amparo agrario", que en nuestro país se regula en forma incompleta y deficiente al preverse sólo como una medida de amparo de carácter administrativo y no como un amparo judicial.[11]

En Venezuela debe señalarse el derecho de amparo que prevé el artículo 49 de la Constitución; como hemos indicado, también permite asegurar la protección de los derechos fundamentales infringidos por actos estatales a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes (acción popular) o de la desaplicación de una ley por cualquier juez (el denominado control difuso de la constitucionalidad), a través del recurso de casación respecto de sentencias, y mediante el recurso contencioso administrativo de anulación de los actos administrativos. Asimismo, permite asegurar la protección de los derechos fundamentales vulnerados por otros particulares a través de las vías judiciales del proceso ordinario.

Por supuesto, para que estas vías judiciales sirvan de medio de amparo constitucional, el legislador debe perfeccionar sus mecanismos de protección: por ejemplo, en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, cuando ésta se base en la violación de un derecho o garantía constitucional, en virtud de la nulidad absoluta que ello implica, se podría prever la potestad de la Corte Suprema de suspender los efectos de la ley impugnada mientras se decide el recurso; en el recurso de casación, cuando la denuncia de la sentencia recurrida consista en el alegato de la violación por la misma de un derecho o garantía cons-

[11] Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos comparativos ...", *op. cit.*, pp. 344-356.

titucional, se podrían ampliar los motivos de procedencia del recurso así como las sentencias que pueden ser objeto del mismo; en el recurso contencioso-administrativo, cuando el motivo del mismo sea la violación de un derecho constitucional por el acto recurrido, se debería eliminar la exigencia del lapso de caducidad, dada la nulidad absoluta alegada, y se debería permitir al juez recurrir en forma más expedita a los procedimientos de urgencia y abreviación de lapsos, así como a la suspensión de efectos del acto recurrido.

3. *La "acción de amparo" como vía judicial subsidiaria*

Pero además, hemos dicho, el derecho de amparo permite lograr la adecuada protección de los derechos y garantías constitucionales, a través de una "acción de amparo", como vía subsidiaria, la cual, por supuesto, aparece en el ordenamiento como absolutamente diferenciada de la acción o recursos de inconstitucionalidad de las leyes, del recurso de casación y de las acciones contencioso-administrativas. En este caso, la acción amparo se nos presenta como una acción subsidiaria mucho más amplia, de protección de absolutamente todos los derechos y garantías constitucionales, incluyendo, como hemos señalado, el goce y ejercicio de la libertad personal que la Exposición de Motivos de la Constitución califica como derecho de *habeas corpus* regulado transitoriamente en la disposición transitoria quinta de la Constitución.

Ahora bien, una de las características de esta acción judicial autónoma y subsidiaria, que hemos identificado como la "acción de amparo", es que *no presupone el que se hayan agotado vías judiciales previas para poder intentarse*, lo que hace que la institución de la acción de amparo de nuestro país se diferencie con el recurso de amparo que se ha desarrollado recientemente en Europa y, particularmente, en Alemania y España. En estos países, en realidad, el recurso de amparo es un auténtico "recurso" que se intenta, en principio, contra decisiones judiciales. En Alemania, por ejemplo, el recurso de amparo constitucional que se intenta ante el Tribunal Constitucional Federal exige el agotamiento previo de la vía judicial ordinaria, por lo que, en definitiva, se traduce en un recurso contra una decisión judicial respectiva aun cuando excepcionalmente procede una acción directa de amparo en ciertos casos específicos y respecto a un "número muy limitado de derechos constitucionales."[12] En España, el recurso de amparo que se

[12] Schlaich, R., "Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux. Tribunal constitutionnel Fédéral Allemand", en Favoreu, L. (ed.). *Cours constitutionnelles Européenes et Droits Fondamentaux*, Paris, 1982, pp. 105-164.

intenta ante el Tribunal Constitucional también exige el agotamiento previo de las vías judiciales y particularmente, si se trata de un amparo en relación a actividades administrativas, en definitiva se requiere siempre el agotamiento previo de la vía judicial contencioso-administrativa. Por eso, en España, el recurso de amparo se configura como un recurso revisor de sentencias de los tribunales contencioso-administrativos.[13]

En el caso venezolano, en cambio, la acción de amparo subsidiaria *no exige el agotamiento previo de vías judiciales ni se configura*, por tanto, como un recurso extraordinario contra sentencias judiciales. Se trata, sí, de una acción judicial subsidiaria, como hemos señalado, en el sentido de que sólo procede cuando no existen en el ordenamiento jurídico otros recursos o acciones judiciales que permitan, mediante procedimientos breves y sumarios, obtener amparo y protección de los derechos y el restablecimiento inmediato de los mismos.[14]

En este sentido, para comprender adecuadamente el carácter subsidiario que tiene la "acción de amparo" como acción autónoma, debe tenerse en cuenta lo que hemos señalado del carácter de medio de amparo de otras vías judiciales, y entre ellas del recurso contencioso-administrativo de anulación. No es que la acción de amparo requiere el agotamiento previo del recurso contencioso-administrativo de anulación, cuando la violación del derecho constitucional la produce un acto administrativo, sino que el recurso contencioso-administrativo es en sí mismo el medio de amparo. Por ello, sólo cuando no haya un medio judicial de amparo, e incluso, en el caso de actos administrativos, cuando el recurso contencioso-administrativo no sirva efectivamente como medio de amparo dadas las particulares circunstancias del caso concreto, es que la acción autónoma de amparo procedería.

[13] Véase, García Ruiz, J.L., *Recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, 1980; Castedo Alvarez, F., "El recurso de amparo constitucional", en Instituto de Estudios Fiscales, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, tomo I, pp. 179-208.

[14] Este carácter subsidiario que le hemos atribuido a la acción autónoma de amparo, y que la jurisprudencia ha confirmado, no significa, como lo quiere hacer ver H. Rondón de Sansó, que "sólo es admisible cuando hubiesen sido agotados todos los recursos ordinarios que para el caso específico el sistema jurídico prevé". (Véase "el amparo constitucional en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 25, EJV, 1986 (en prensa), p. 29, original.) Al contrario, como ya lo hemos explicado (véase Brewer-Carías, Allan R., "El derecho de amparo y la acción de amparo", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 22, EJV, 1985, pp. 53 y 54) y lo repetimos en el texto, la subsidiariedad de la acción autónoma de amparo deriva de que procede cuando no existen otros medios judiciales de *amparo* disponibles, como sería el "recurso contencioso-administrativo de anulación y amparo".

Por otra parte, debe señalarse que el derecho de amparo, de acuerdo a la Constitución, se puede ejercer ante "los tribunales" en conformidad con la ley, por lo que, conforme a la organización del sistema judicial y procesal, como hemos dicho, no existe una única acción judicial prevista para garantizar el ejercicio y goce de los derechos constitucionales. Hemos dicho que de acuerdo a la Constitución no se prevé el derecho de amparo como una sola acción o recurso, que se intenta ante un solo tribunal con el objeto de amparar el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. Insistimos, el ordenamiento puede regular, y de derecho regula, a través de recursos y acciones tradicionales, sistemas de amparo de los derechos y garantías constitucionales, mediante procedimientos breves y sumarios con poderes para el juez, para restablecer en forma inmediata situaciones jurídicas subjetivas infringidas.

Por eso, insistimos en Venezuela, el amparo de los derechos puede obtenerse a través de diversas acciones o recursos que regula el ordenamiento jurídico, por lo que, en definitiva, el derecho de amparo no se traduce en una sola acción o recurso, lo que diferencia nuestro amparo de los recursos de amparos europeos, particularmente el recurso de amparo en Alemania y en España, donde el recurso de amparo es una sola acción que se intenta ante un solo tribunal, y que sirve como mecanismo para la protección de algunos derechos y garantías constitucionales.[15]

Al contrario, en el caso venezolano, el derecho de amparo se presenta, en realidad, como una vía judicial multiforme que se puede ejercer ante todos los tribunales, conforme a la ley, y que a través de acciones o de derechos preexistentes puede servir de amparo siempre que se prevea un procedimiento breve y sumario, con poderes para el juez para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas infringidas. Por ello, y dado ese carácter omnicomprensivo del "derecho de amparo, la "acción de amparo" propiamente dicha tiene un carácter subsidiario, lo que no implica que esta acción de amparo subsidiaria sea la única acción o recurso de amparo admisible, sino que, realmente, el amparo puede lograrse también por medios judiciales regulados por el ordenamiento jurídico.

[15] Fix-Zamudio, H., "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia reciproca", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979, pp. 254 y 255.

4. *La protección de todos los derechos y garantías constitucionales*

Pero sea a través de vías judiciales preestablecidas o mediante la acción autónoma y subsidiaria en relación a otros medios judiciales de protección de los derechos y garantías constitucionales, el derecho de amparo en la Constitución está configurado para proteger el goce y ejercicio de *todos* los derechos y garantías que la Constitución establece. Por ello, en definitiva, el amparo se configura como una garantía fundamental de los derechos humanos, lo cual conlleva a la vez varias implicaciones.

Ante todo, conforme a la Constitución, el derecho de amparo tiene por objeto proteger el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y, por tanto, no sólo protege a los titulares de los mismos cuando se trate de personas naturales sino también de dichos derechos cuando éstos se ejercen por personas morales. Es indudable que por la amplitud con la cual consagra el derecho de amparo el artículo 49 de la Constitución, la expresión "todo habitante" no puede entenderse como referida sólo a las personas naturales, sino que también se refiere, por supuesto, a todas las personas jurídicas, incluso las personas morales, pues, además, los derechos que la Constitución establece no sólo son derechos de las personas naturales sino que muchos también se garantizan respecto de las personas morales.

Pero, a la vez, la protección que permite el amparo respecto al goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no sólo se plantea en el texto constitucional frente a acciones públicas que puedan pertubar el goce y ejercicio de los derechos, sino también frente a las perturbaciones que puedan provenir de otros particulares o individuos o personas morales. En esta materia, la Constitución no distingue, por lo que perfectamente es admisible la acción de amparo frente a acciones que provienen de particulares, aun cuando sin duda la tradición del amparo ha sido concebirlo como un medio de protección frente a las acciones del Estado y sus autoridades. Sin embargo, a pesar de esta tradición, en la configuración del amparo, como un medio de protección de los derechos y garantías frente a las acciones públicas, no tenemos duda en afirmar que en Venezuela, la amplitud con la cual la regula el artículo 49, permite el ejercicio de la acción de amparo contra acciones privadas, es decir, cuando la perturbación al goce y ejercicio de los derechos proviene de particulares, personas naturales o de colectividades, comunidades o personas morales en general.[16]

[16] Tal como sucede en Argentina después del caso *Samuel Kot SRL* de 1958,

Esto también contribuye a diferenciar nuestra acción de amparo de la existente en otros sistemas como el mexicano o de España, en los cuales el recurso de amparo sólo se concibe frente a acciones públicas. Por eso, en España hemos dicho que el recurso de amparo se traduce en una revisión de decisiones de los tribunales contenciosos-administrativos dictados con motivo de impugnaciones de actos administrativos.[17]

Por otra parte, en el caso de protección frente a perturbaciones provenientes de autoridades públicas, sin la menor duda debe afirmarse también que, tal como lo regula el artículo 49 de la Constitución, esta protección procede frente a *toda* actuación pública, es decir, frente a todos los actos estatales y ante los actos materiales y vías de hecho de las autoridades públicas.

Por supuesto, en esta materia el derecho de amparo, en muchos casos, se ha regulado a través de acciones desarrolladas en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, en materia de leyes inconstitucionales que afecten derechos y garantías constitucionales procede la acción popular ante la Corte Suprema de Justicia, siendo esta vía, sin duda, una vía de amparo. Asimismo, cuando un juez desaplica una ley conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, porque estime que la misma vulnera un derecho constitucional, asegura el amparo a dicho derecho.[18]

Lo mismo sucede con los recursos contencioso administrativos contra actos administrativos que, en definitiva, se traducen en vías de amparo de los derechos y garantías constitucionales, cuando la impugnación del acto se basa en la vulneración del goce y ejercicio de los mismos, pudiendo obtenerse de inmediato la suspensión judicial de los efectos del acto impugnado y el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada, procediendo contra todo tipo de actos administrativos, tanto expresos como tácitos.[19]

Además, la acción de amparo subsidiaria procedería también contra toda actuación de la administración, aun cuando no configure un acto administrativo y no abra la vía contencioso administrativa, es decir, procedería, por ejemplo, contra las actuaciones materiales de la admi-

Linares Quintana, S.V., *Acción de amparo*, Buenos Aires, 1960, p. 25; Carrió, G.R., *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, 1959, p. 13.

[17] *Cfr.*, González Pérez, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, p. 278.

[18] Véase Brewer-Carías, Allan R., *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1978.

[19] Brewer-Carías, Allan R., "Tipos de acciones y recursos contencioso-administrativos y el tema de la legitimación", *Conferencia sobre la reforma de la justicia administrativa en Costa Rica*, Corte Suprema de Justicia, marzo de 1986.

nistración; contra sus vías de hecho; contra la abstención de la administración en actuar o cumplir una obligación; contra las omisiones, en fin, contra toda forma de actuación de la administración, e incluso, por supuesto, contra determinados actos como los de trámite, cuando no puedan ser impugnados por la vía contencioso administrativa.

La acción de amparo subsidiaria, por supuesto, también podría proceder contra actuaciones del cuerpo legislativo respecto de los cuales no haya vías judiciales de impugnación e, incluso, también podría concebirse contra decisiones judiciales, respecto de las cuales no se prevean o no existan recursos de apelación o el propio recurso de casación.

No obstante, hemos dicho que la acción de amparo se configura, también, como un medio de protección del goce y ejercicio de absolutamente todos los derechos y garantías que la Constitución establece, y para corroborar esta afirmación basta recordar que el artículo 49 está ubicado en el capítulo I que contiene las "Disposiciones generales" del título III, que se refiere a los "Deberes, derechos y garantías constitucionales", teniendo en cuenta que posteriormente, en los cinco capítulos restantes, se regulan separadamente los deberes, los derechos individuales, los derechos sociales, los derechos económicos y los derechos políticos.

Por esta ubicación de la norma en las disposiciones generales citadas, debemos afirmar que nada autoriza en Venezuela a indicar que el derecho de amparo se pueda traducir en un medio de protección sólo de ciertos derechos, sino, al contrario, de todos los derechos y garantías que la Constitución establece. Esta afirmación, por supuesto, conlleva a considerar que mediante el derecho de amparo, e incluso la acción subsidiaria de amparo, no sólo se protegen *todos* los derechos y garantías enumerados en la Constitución, en los artículos 43 a 116, sino que a ellos debemos agregar también, los derechos inherentes a la persona humana aun cuando no estén enunciados en el texto constitucional, y en este sentido adquiere todo su valor el texto del artículo 50 de la Constitución, que establece lo siguiente:

> Artículo 50. "La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella.
>
> La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos."

Por tanto, la acción de amparo protege también todos estos derechos inherentes a la persona humana que no figuran expresamente en el texto, no siendo, por supuesto, necesaria una ley que reglamente estos derechos para que se pueda garantizar su ejercicio. Con motivo de este enunciado del artículo 50, adquiere una enorme importancia el elenco de los derechos del hombre que se enuncian en las Declaraciones Universales de los Derechos del Hombre e, incluso, en las convenciones internacionales formales que regulan los derechos humanos, como la Convención Americana de los Derechos Humanos o los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, y Económicos y Sociales, que, además, son ley de la República, porque han sido aprobadas por leyes especiales por el Congreso.[20]

Pero, circunscribiéndose a los derechos enumerados de la Constitución, debemos insistir en que el amparo es un derecho a una vía judicial para proteger el goce y ejercicio de absolutamente todos esos derechos constitucionales, y esto hace también que se establezca una diferencia, debido a las peculiaridades de nuestro amparo, respecto a otras concepciones del amparo, particularmente en el mundo latinoamericano. En efecto, si se analiza comparativamente la situación en América Latina, se pueden identificar, en general, las siguientes concepciones: en primer lugar, la que identifica el amparo con el *habeas corpus*, es decir, que identifica el amparo con la tutela judicial contra detenciones arbitrarias que conlleva siempre el mandamiento de exhibición personal; ésta, por ejemplo, ha sido la tradición jurídica de Chile. En segundo lugar, está el sistema que identifica el amparo como un medio de protección de todos los derechos, excluida la libertad personal, a la cual se otorga un medio de protección especial y diferente, como es el recurso de *Habeas Corpus;* esta concepción, en efecto, distingue dos tipos de acciones: la acción de amparo y la acción de *habeas corpus*, y es, por ejemplo, la situación propia de la tradición argentina y brasileira. En tercer lugar, también se plantea el amparo como identificado con un medio de protección de todos los derechos y garantías que consagra la Constitución y ésta ha sido la tradición en Centroamérica, particularmente en Guatemala, Honduras y Nicaragua, lo que contrasta, por ejemplo, con la situación europea, donde el amparo se establece realmente como un recurso para proteger sólo ciertos derechos;[21] esto sucede, por ejemplo, en España, donde la acción de

[20] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 31.256 de 14-6-77 y núm. 2.146 Extra de 28-1-78.

[21] Brewer-Carías, Allan R., *Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, 1976, pp. 69 y ss.

amparo sólo está reservada para la protección de un grupo limitado de derechos constitucionales, equivalentes a los que nuestra Constitución califica como "derechos individuales.[22]

En Venezuela, hemos señalado, se concibe el amparo como un derecho a una vía judicial (acción o recurso) para proteger absolutamente todos los derechos y garantías constitucionales y, por tanto, no sólo a los derechos individuales, sino también a los derechos sociales, a los derechos económicos y a los derechos políticos que enuncia la Constitución. Por otra parte, al estar destinado el amparo a proteger todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución, ello implica que el llamado derecho de *habeas corpus* es, en realidad, parte del derecho de amparo o, si se quiere, una manifestación del derecho de amparo. En nuestro país, esto resulta claro de la regulación que trae la disposición transitoria quinta de la Constitución, donde se afirma que: "el amparo a la libertad personal, hasta tanto se dicta la ley especial que lo regule conforme al artículo 49, procederá de acuerdo con ..." una serie de reglas procesales que allí se establecen, destinadas a proteger a los particulares respecto a la privación o restricción de su libertad con violación de las garantías constitucionales. Al hablar dicha disposición transitoria de "amparo a la libertad personal" y remitir al artículo 49, en definitiva, no afirma otra cosa que el derecho de amparo previsto en el artículo 49, también está destinado a amparar la libertad personal y que sólo, transitoriamente, se establece un procedimiento específico en esta disposición; pero sin que en Venezuela realmente se configure un derecho de *habeas corpus* distinto al derecho general de amparo, regulado en el artículo 49 de la Constitución.

5. *El sentido de vulneración a los derechos y garantías protegidos por el derecho de amparo y la peligrosa tesis de la "violación directa" de la Constitución*

De la propia expresión del artículo 49 de la Constitución se deriva que el objeto de la protección que concede la acción de amparo es el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y, por supuesto, no sólo procede la protección del goce y ejercicio de dichos derechos y garantías cuando pueda haber una violación *directa* de alguna norma constitucional, sino también, por supuesto, cuando haya violación de las normas legales que regulan el ejercicio y goce de dichos

[22] Artículo 53, ord. 2o., Constitución española de 1978.

derechos. Por ello estimamos que no tiene fundamento alguno en Venezuela pretender restringir el ejercicio de la acción subsidiaria de amparo, solamente cuando exista una violación directa de la Constitución.[23]

En efecto, no debe olvidarse que los derechos y garantías constitucionales en Venezuela no tienen una regulación uniforme y su consagración en la Constitución da origen a una efectividad diferente de dichos derechos y garantías.[24] Efectivamente, en primer lugar pueden identificarse los "derechos absolutos" entre los cuales está el derecho a la vida; el derecho a no ser incomunicado; a no ser sometido a tortura o procedimiento que causen sufrimiento físico o moral, lo que no es otra cosa que el derecho a la integridad personal, y al derecho a no ser condenado a penas perpetuas o difamantes o restrictivas de la libertad personal por más de treinta años. Estos derechos enunciados en la propia Constitución están establecidos en tal forma en el texto fundamental, que puede decirse que son derechos que no son limitables ni regulables por el legislador siquiera, y que, además, son los únicos derechos que no pueden restringirse ni suspenderse por decisión ejecutiva en base al poder atribuido al presidente de la República en caso de emergencia o de conmoción que pueda pertubar la paz de la República o, en caso de graves circunstancias, que afecten la vida económica y social. Salvo estos derechos absolutos, en cambio, todos los otros derechos y garantías tienen alguna limitación o regulación posible por el legislador, y pueden ser objeto de medidas de restricción o suspensión.

Un segundo tipo de la regulación de los derechos constitucionales lo componen aquellos cuyo ejercicio puede ser restringido o suspendido por el presidente de la República, aun cuando, en principio, no son limitables por el legislador. Esto resulta de la enunciación constitucional, por ejemplo, respecto al derecho a la protección al honor, a la reputación y a la vida privada; a no prestar juramento ni declaración contra sí mismo; a no continuar detenido después de excarcelado; a no ser sancionado penalmente dos veces por el mismo delito; a la igualdad y a la no discriminación; a la libertad religiosa; a la libertad del pensamiento; el derecho de petición y a obtener oportuna respuesta;

[23] La tesis ha sido expuesta en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 28-10-83. Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 16, 1983, pp. 169 y 170. Véanse los comentarios del magistrado ponente de dicha sentencia en Sola, René de, "Vida y vicisitudes del recurso de amparo en Venezuela", *Revista del Instituto Venezolano de Derecho Social*, Caracas, núm. 47, 1985, p. 58 (publicado también en *Revista SIC*, Caracas, núm. 472, 1985, pp. 74 y ss.).

[24] Brewer-Carías, Allan R., *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, 1985, tomo II, pp. 491 y ss.

el derecho a ser juzgado por sus jueces naturales; el derecho a la defensa; el derecho de reunión; el derecho a la protección de la salud; el derecho a la educación; el derecho al trabajo, y el derecho al sufragio.

Una tercera categoría de derechos, derivada de su enunciación, sería la compuesta por aquellos derechos limitables por el legislador, aun cuando en forma restringida. En esta categoría estarían, por ejemplo, el derecho del reo a que se le formulen cargos, "en la forma que indique la ley", antes de la condena; el derecho a la inviolabilidad del hogar doméstico, salvo los casos de allanamiento "de acuerdo con la ley y con las decisiones de los tribunales"; el derecho de la inviolabilidad de la correspondencia, salvo los casos de inspección o fiscalización de documentos de contabilidad "de conformidad con la ley", y el derecho al ejercicio de funciones públicas, sólo con las restricciones derivadas de las condiciones de aptitud "que exijan las leyes".

Una cuarta categoría de derechos permite identificar aquellos derechos limitables por el legislador, en el sentido amplio. Por ejemplo, entran dentro de esta categoría: el derecho a no ser detenido, salvo cuando se es sorprendido *infraganti* y mediante orden escrita "en los casos y con las formalidades previstas en la ley"; el derecho a no ser privado de la libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido "por la ley como delito o falta"; el derecho a no ser sometido a reclutamiento forzoso o sometimiento forzoso al servicio militar, "sino en los términos pautados por la ley"; la libertad de tránsito, "sin más limitaciones que las que establezca la ley"; el ejercicio del culto, pero sometido a la inspección del Estado "de conformidad con la ley"; el derecho a la libertad económica, "sin más limitaciones que las previstas en las leyes por razones de seguridad, sanidad y otras de interés social"; el derecho de propiedad, pero sometido a las "contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o interés social"; el derecho de asociarse en partidos políticos, de acuerdo a las regulaciones de la ley; el derecho de manifestar "sin otros requisitos que los que establezca la ley".

En todos estos casos, el ejercicio del derecho queda, en realidad, sometido en definitiva a lo que establezca el legislador con una amplitud bastante considerable.

Por último, la quinta categoría de los derechos y garantías constitucionales la configuran aquellos establecidos de tal manera que el ejercicio de los mismos en definitiva queda supeditado a una reglamentación legal. Por ejemplo, entre estos derechos estaría el de utilizar los órganos de la administración de justicia "en los términos y condi-

ciones establecidos por la ley"; el de asociarse con fines lícitos "en conformidad con la ley"; el derecho de huelga "dentro de las condiciones que fije la ley", y, en los servicios públicos, "en los casos en que aquélla determine". En todos estos casos, la forma como regula la Constitución el derecho y garantía, en realidad, hace que sea esencial la regulación legal para el propio ejercicio del derecho.

De esta clasificación de los derechos y garantías en estos cinco grupos, de acuerdo al texto constitucional,[25] es evidente que no tiene sentido el señalar que el derecho de amparo, y en particular la acción subsidiaria de amparo, procede sólo cuando se viola la Constitución en forma directa, pues muchos derechos no sólo tienen consagración constitucional, sino que por virtud de la propia Constitución, están sometidos en su ejercicio a las prescripciones y regulaciones que deba establecer el legislador. Por tanto, el derecho de amparo también procedería contra la violación de las leyes que regule el ejercicio y goce de los derechos.

6. *El objetivo del derecho de amparo: el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*

Hemos señalado que, definitivamente, el derecho de amparo —como lo regula la Constitución— tiene por objeto asegurar *el goce y ejercicio* de los derechos y garantías constitucionales. Precisamente por ello, la Constitución le da potestad al juez competente "para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida", y precisamente, también por eso, prevé que "el procedimiento será breve y sumario".

Este objetivo de la acción o recurso de asegurar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales implica, por supuesto, el poder del juez de adoptar medidas preventivas y cautelares; pero con la advertencia de que la vía judicial de amparo e incluso la acción autónoma subsidiaria de amparo no se agotan necesariamente en ellas. En otras palabras, el amparo en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no sólo implica ni se agota con la adopción de alguna medida inmediata, a través de un procedimiento breve y sumario que restablezca la situación jurídica infringida, sino que el amparo como recurso o acción mediante un procedimiento judicial, sea a través de los medios de protección que establece el ordenamiento, sea a través de la acción subsidiaria de amparo, requiere que el juez del amparo entre a resolver el fondo del asunto que, en definitiva, no es

[25] *Idem*, pp. 492-495.

otro que la legitimidad o legalidad de la perturbación al goce y ejercicio del derecho que se protege.

Por tanto, el derecho de amparo no sólo tiene por objeto el restablecer inmediatamente una situación jurídica infringida, sino que, realmente, lo que tiene por objeto es asegurar *el goce y ejercicio* de los derechos y garantías constitucionales, y para ello, la vía judicial de amparo no se puede agotar en medidas cautelares o preventivas, a través de procedimientos breves y sumarios, sino que requiere que el juez vaya al fondo del asunto y resuelva, en definitiva, sobre la legalidad y legitimidad de la perturbación al derecho en particular, sin perjuicio de que en el curso del procedimiento, a través de un mecanismo breve y sumario, pueda adoptar decisiones que impliquen el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida.

7. *El amparo como derecho y no como "un" recurso o acción y sus consecuencias*

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, en nuestro criterio y luego del análisis del texto constitucional sobre el derecho de amparo, resultan las siguientes conclusiones;

A. La Constitución consagra el *"derecho de amparo"* y no una particular "acción" o "recurso" ante determinado tribunal. Dicho derecho se establece como uno de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas.

B. El *derecho* de amparo se traduce en una *obligación* de todos los tribunales de amparar la perturbación de los derechos y garantías, de conformidad con la ley. Por tanto, la regulación que haga y que ha hecho el legislador de este derecho de amparo se puede materializar y se ha materializado a través de recursos o acciones preexistentes, o puede consistir en una acción de amparo subsidiaria, que procede siempre que no se hayan establecido legalmente acciones y recursos mediante un procedimiento breve y sumario con poderes para el juez de amparar derechos fundamentales y restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

C. El derecho de amparo, por tanto, puede garantizarse a través de *recursos y acciones* que están previstas en el ordenamiento (acción de inconstitucionalidad de las leyes; inaplicabilidad de leyes inconstitucionales por los jueces; recurso contencioso-administrativo; régimen transitorio del *habeas corpus)* o a través de la *acción subsidiaria y*

autónoma de amparo, cuyo desarrollo jurisprudencial ha comenzado con vigor recientemente.

D. El derecho de amparo procede para garantizar el goce y ejercicio de absolutamente *todos los derechos* y garantías constitucionales. Por tanto, no sólo puede hacerse valer respecto de perturbaciones de los derechos individuales, sino de los derechos sociales, económicos y políticos. Además, el derecho de amparo corresponde a "todos", es decir, todo habitante de la República y todo sujeto de derecho que se encuentre en ella. Por tanto, no sólo corresponde a las personas naturales, sino también a las personas morales.

E. El derecho de amparo busca asegurar la protección de los derechos y garantías constitucionales respecto de *cualquier perturbación* en el goce y ejercicio de los mismos, sea que ésta provenga de autoridades *públicas* o de *particulares.* En el caso de las perturbaciones públicas, el derecho de amparo procede contra actos legislativos, contra actos administrativos y contra actos judiciales, a través de los recursos y acciones previstos en el ordenamiento (acción o excepción de inconstitucionalidad, recurso de casación o juicio de invalidación, acciones contencioso-administrativas de anulación) que permitan el restablecimiento de la situación jurídica infringida mediante un procedimiento breve sumario, o a través de la acción de amparo de carácter subsidiaria. Además, esta acción de amparo procede contra las actuaciones materiales o vías de hecho de la administración. Por tanto, el amparo no sólo procede contra actos administrativos.

F. El derecho de amparo, además, al buscar proteger y asegurar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, dada las diversas modalidades de su regulación en la Constitución, *no sólo procede cuando haya una violación "directa"* de la Constitución, sino también de las normas legales que, por mandato de la propia Constitución, regulan, limitan e incluso posibilitan el ejercicio de dichos derechos. Por supuesto, en todo caso para que surga el derecho de amparo, debe tratarse de una actividad que vulnere en forma *directa* un derecho fundamental de un individuo, aun cuando aquélla sea contraria a la ley que regula el derecho previsto en la Constitución.

G. La decisión que dicte el juez de amparo, sea mediante el procedimiento de recursos o acciones preexistentes, sea a través de la vía de la acción subsidiaria y autónoma del amparo, *no sólo se agota en medidas cautelares o preventivas,* sino que debe restablecer la situación jurídica infringida, para lo cual debe adoptar un *pronunciamiento de*

fondo, del fondo planteado: la legitimidad o no, o la legalidad o no de la perturbación al derecho o a la garantía constitucional que se denuncia como infringida.

H. Para una regulación legal del amparo, no debe olvidarse el texto del artículo 49 de la Constitución: allí se consagra *un derecho constitucional a ser amparado*, por los tribunales, en el goce y ejercicio de todos los derechos y garantías, y no una acción o recurso judicial único con ese fin. La futura Ley de Amparo, por tanto, debe ser una ley que regule la acción subsidiaria y autónoma de amparo; pero sin que restringa o limite las otras vías judiciales de amparo existentes y que deben seguir existiendo *perfeccionadas* en dicha ley. Reducir el derecho del artículo 49 de la Constitución a un solo "recurso de amparo", sería restringirlo en una forma no autorizada constitucionalmente, desnaturalizarlo en forma inadmisible, que podría incluso, viciar la propia ley de inconstitucionalidad.

III. La admisibilidad jurisprudencial de la acción autónoma de amparo

Hemos señalado que con la inclusión del artículo 49, la Constitución de 1961 dio entrada en el ordenamiento jurídico venezolano al derecho de amparo, y como pieza fundamental del mismo, a la acción subsidiaria y autónoma de amparo, no sólo respecto de la libertad personal, sino respecto de todos los derechos y garantías "que la Constitución establece". La previsión constitucional, sin embargo, supeditó el ejercicio del derecho de amparo a lo que la ley estableciera, por lo que "a fin de no dejar en suspenso su eficacia hasta la promulgación de la ley respectiva, se consagró en las disposiciones transitorias, el *derecho de habeas corpus*, reglamentándolo de manera provisional".

De esta forma, la disposición transitoria quinta reguló el "amparo a la libertad personal, hasta que se dicte la ley especial", norma aún vigente por la ausencia de la prometida —constitucionalmente— ley reglamentaria del amparo. El resultado de esta situación había sido, evidentemente, que con la sola excepción de la libertad personal mediante la transitoria regulación de *habeas corpus*, los demás derechos y garantías constitucionales habían carecido de un efectivo instrumento de protección mediante acciones o recursos de amparo, por lo que, por la ausencia de legislación, un preciso medio de control judicial de las

arbitrariedades de la administración, no siempre había podido ser utilizado efectivamente.

Las disposiciones de la Constitución, en el sentido de prever directamente sólo el amparo a la libertad personal,[26] sin embargo, no fueron obstáculo para que algunos jueces de instancia, por las insuficiencias constitucionales, hacia finales de la década de los sesenta, comenzaran a admitir acciones de amparo para proteger otras libertades o garantías distintas de la libertad individual. Por ejemplo, mediante sentencia del 13 de septiembre de 1968 del juez séptimo de primera instancia en lo penal del Distrito Federal, confirmada por fallo de 4 de octubre de 1968 de la Corte Superior Segunda en lo Penal del Distrito Federal, se otorgó amparo a un ciudadano contra un acto administrativo que ordenó la detención de su automóvil en virtud de que el mismo no había sido importado regularmente al país.[27] Asimismo, con fecha 14 de abril de 1969 otro juez de primera instancia en lo civil del Distrito Federal, acordó recurso de amparo, confirmado por decisión de 14 de julio de 1969 de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, contra un acto de la Policía Técnica Judicial que detuvo a un particular y se le obligó a reconocer como padre de un menor y a pagar una pensión alimentaria.[28]

[26] En este sentido fue tradicional el criterio de la Procuraduría General de la República. Véase, por ejemplo, doctrina de 14-10-65 en *Doctrina PGR 1965*, Caracas, 1966, pp. 20 y ss.; y doctrina de 23-2-66 en *Doctrina PGR 1966*, Caracas, 1967, pp. 267 y ss.

[27] Véase Escala Zerpa, R., *Recurso de amparo contra arbitrariedad de funcionario público*, Caracas, 1968.

[28] Estas decisiones, tomadas en referencias contenidas en la publicación periódica *Síntesis Jurídica* (Escritorio Santana Mújica) fueron comentadas por dicha publicación en los siguientes términos: "Como un paso formativo del lento avance de nuestro país hacia un eficiente estado de derecho, ha de apuntarse las iniciales sentencias, derivadas de jueces penales y civiles, donde se derrota la tesis restrictiva, que se sostuvo inicialmente de que el amparo no era aplicable en el país, pese a su consagración en la Constitución porque carecía de reglamentación. Ahora se sostiene que cualquier juez es competente para conocer y decidir el amparo, que el fallo dictado no tiene consulta, que la ausencia de procedimiento no impide la procedencia del amparo, porque la Constitución dice: 'la falta de la Ley reglamentaria en estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos' (artículo 50, CN), y se otorga ante cualquier acto público o privado, que desconozca, disminuya o menoscabe las garantías constitucionales." Véase, además, los comentarios a estas decisiones en Agudo Freites, Esteban, *op. cit.*, pp. 660 y ss., y Ramón Quintero, Jesús, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

1. *El criterio de la Corte Suprema de Justicia en 1970: el carácter programático de la norma constitucional (el amparo como "acción" y no como un derecho constitucional)*

El problema interpretativo,[29] sin embargo, pronto habría de ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia a finales de 1970,[30] al señalar, en relación a la disposición transitoria quinta, que "la protección de cualquier otro derecho —establecido o no en la Constitución— queda excluido del campo de aplicación de esa norma, por ser evidente la intención del constituyente de limitar su alcance al caso expresamente previsto por ella", calificando las decisiones adoptadas por jueces de instancia en lo penal en base a la disposición transitoria quinta amparando otros derechos distintos a la libertad personal, como "extralimitación de atribuciones".[31]

Para llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Justicia calificó a la norma del artículo 49 de la Constitución como una norma de carácter programático. La Corte señaló, en efecto, que esa norma:

> No es una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sino un precepto programático, sólo parcialmente reglamentado para la fecha en que la Constitución fue promulgada, y dirigido particularmente al Congreso, que es el órgano al cual compete la reglamentación de las garantías constitucionales, en conformidad con los artículos 136, ordinal 24 y 139 de la Constitución. Tal es la interpretación que da la Corte al artículo 49 al analizar sus previsiones aisladamente con el fin de desentrañar la mente del constituyente del lenguaje usado por éste para expresar su voluntad. Pero esta interpretación gramatical se robustece con la observación adicional de que el constituyente

[29] Véase lo expuesto en Brewer-Carías, Allan R., "La reciente evolución jurisprudencial en relación a la admisibilidad del recurso de amparo", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 19, 1984, pp. 207 y ss.

[30] En la sentencia de la CSJ en SPA de 11-11-70 en *G.O.* núm. 1.477, Extraordinaria de 15-12-70, pp. 27 y 28, ya se vislumbra la interpretación que posteriormente se adoptaría: "A diferencia de otras situaciones en relación a las cuales el Congreso, aún no ha determinado por Ley, cuál es el juez competente y el procedimiento a seguir a fin de obtener amparo judicial..."

[31] Véase, Sentencia de la CSJ en SPA de 14-12-70 en *G.O.*, núm. 29.434 de 6-2-71, pp. 219.984 y 219.985, y en *G.F.*, núm. 70, 1970, pp. 179 y ss. Esta decisión fue ratificada por sentencia de la misma Corte de 26-4-71 en *G.O.* núm. 1.478, Extraordinaria de 16-7-71, p. 31 y en *Repertorio Forense* núm. 1.741 de 12-8-71, pp. 4 y ss., y por Acuerdo de 24-4-72 en *G.O.* núm. 29.788 de 25-4-72, p. 222-865. El criterio de la Corte había sido también el de la Procuraduría General de la República. Véase, *Doctrina PGR 1970*, Caracas, 1971, pp. 37 y ss.

> se habría abstenido de regular el procedimiento de *habeas corpus*, si hubiera considerado que para hacer efectivo el amparo bastaba lo dicho en el artículo 49 respecto del procedimiento, no siendo indispensable su reglamentación legal para determinar el fuero competente y el modo de proceder.[32]

Por consiguiente, agregó la Corte:

> El constituyente supone la existencia de una ley anterior al hecho o acto que afecte el derecho cuya protección se solicite; que autorice a determinados jueces para obrar en el sentido que pretenda el actor; y que establezca un procedimiento adecuado a la finalidad que se persiga. Dado el número y variedad de las situaciones jurídicas, en que puede estar comprometido un derecho o una garantía constitucional, era forzoso que el constituyente dejara al legislador ordinario la potestad de establecer las reglas conforme a las cuales los tribunales deben amparar el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, teniendo en cuenta no sólo las previsiones ya existentes que es necesario apreciar para atribuir a un determinado tribunal el conocimiento de un asunto, y establecer el procedimiento a seguir en cada situación.[33]

En base a esta situación, el recurso de amparo a la libertad personal o *habeas corpus*, era el único ámbito de amparo que podía ejercerse en Venezuela, al considerarse que la Constitución en el artículo 49, en lugar de consagrar un derecho, sólo establecía una "garantía" en forma de una acción o recurso judicial.

2. *El Acuerdo de la Corte Suprema de 1972 la restricción del procedimiento transitorio de* habeas corpus *sólo para proteger la libertad personal*

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa con base en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dictó, el 24 de abril de 1972, un Acuerdo en el cual declaró formalmente que:

> La competencia de los Tribunales de Primera Instancia Superiores en lo Penal, de la República, a que se refiere la Disposición

[32] Véase la sentencia de la CSJ en SPA de 14-12-70 en *G.F.*, núm. 70, pp. 179 y ss.

[33] *Ibidem*.

> Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *habeas corpus* previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuída por la Constitución y las Leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones.[34]

Quedaba así declarado fuera de la competencia de los Tribunales penales conocer de recursos de amparo respecto de derechos civiles o cuyo conocimiento no formase parte de su competencia específica. Para dictar dicho Acuerdo, la Corte Suprema dio por reproducidos los fundamentos de la mencionada sentencia de 14 de diciembre de 1970, conforme a los cuales, de "conformidad con el artículo 206 de la Constitución, corresponde solamente a esta Corte y demás Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, conocer de la nulidad de los actos de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, y eventualmente suspender los efectos del acto administrativo impugnado, por vía de previo pronunciamiento".

Conforme, por tanto, a la sentencia de 1970 y al Acuerdo de 1972, la situación definida jurisprudencialmente por la Corte Suprema en relación al recurso de amparo era la siguiente: 1º Los tribunales penales sólo tenían competencia para conocer de los recursos de *habeas corpus* (amparo a la libertad personal); 2º Los tribunales penales no podían conocer de acciones de amparo intentadas respecto de otros derechos y garantías constitucionales, cuyo conocimiento escapara de la competencia específica de dichos tribunales; por lo que toda decisión adoptada en esos casos estaría viciada de usurpación o extralimitación de atribuciones, y 3º Sólo los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa podrían conocer de los recursos de nulidad (y amparo) contra actos administrativos y eventualmente suspender sus efectos.

Sin duda, el Acuerdo de 1972 había atenuado las conclusiones de la sentencia de 1970: no se trataba de considerar que era indispensable una ley que regulara expresamente el derecho de amparo para que las acciones y recursos necesarios pudieran ser interpuestos, sino de establecer una limitación a la competencia, en materia de amparo, de los tribunales penales, la cual quedaba materialmente reducida al *habeas corpus*.

[34] Véase el texto en *Gaceta oficial*, núm. 29. 788 de 25-4-72. Véase asimismo en *Ministerio Público*, núm. 19. Caracas, 1972, pp. 105-107.

3. *El amparo en las convenciones internacionales a partir de 1977: el derecho de amparo mediante vías judiciales*

Con posterioridad, como se ha dicho, el Congreso aprobó por ley [35] la Convencion Americana sobre Derechos Humanos en 1977; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1978, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el mismo año 1978, en cuyos textos se establece la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, y el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo amparen contra actos que violen los derechos humanos.

En particular, la Convención Americana dispone en materia de Protección Judicial lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por persona que actúan en ejercicio de sus funciones (artículo 25,1).

En base a ese derecho, la Convención establece los siguientes compromisos de los Estados partes (entre ellos Venezuela):

a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal el Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Estas disposiciones internacionales, que, como se dijo, constituyen ley en Venezuela a partir de 1977, fueron apreciadas por los tribunales como reguladoras de un derecho de amparo, motivo por el cual también comenzó a cambiar la jurisprudencia.

[35] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 31.256 de 14-6-77 y núm. 2.146 Extraordinario de 28-1-78.

4. *Los cambios jurisprudenciales en los tribunales civiles de instancia en 1982: la admisibilidad de la acción autónoma de amparo respecto a todos los derechos constitucionales*

En efecto, con base en estos antecedentes, en 1982 comenzó a modificarse la rigidez interpretativa que en materia de derecho de amparo se había enunciado en 1970, y ello se produjo con una sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 24 de noviembre de 1982, dictada con motivo de una acción de amparo del derecho constitucional a la educación, interpuesto por una asociación civil de carácter educativo. En el caso concreto, si bien el juez decidió declarar sin lugar la acción de amparo,[36] ello lo hizo admitiendo su procedencia en los siguientes términos:

> Considera, pues, el Tribunal, como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que cualquier juez con excepción de los señalados en el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, mencionado en estos autos, puede conocer del recurso de amparo, porque la Constitución confirió esta atribución a los tribunales en forma genérica y hasta tanto se dicte la ley que establezca una competencia específica, cualquier juez, so pena de incurrir en denegación de justicia, debe atender a la solicitud de amparo. Considerar que el Constituyente creó, a través del artículo 49 de la Constitución, una norma o principio solamente programático y que en veintiún años de vigencia de esa Constitución no ha podido promulgarse una ley que desarrolle y haga posible la aplicación de ese recurso, sería admitir que la demagogia alcanzó, en este particular, niveles sublimes, inauditos; lo cual sería absurdo. Cabe por tanto repetir, que el sistema de legalidad, el Estado de Derecho implantado en nuestro país y que ha sido modelo de otros Estados ganados a la democracia posteriormente a la vigencia de nuestra Constitución, requiere de la aplicación del recurso de amparo. Su reconocimiento y aplicación debe ser propósito del régimen que, durante casi veinticinco años, ha demostrado respeto a la ley y a las garantías ciudadanas.[37]

Este criterio fue ratificado por el Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y

[36] Véase Molina Galicias René, *El amparo a Rondalera*, Caracas, Ediciones Síntesis Jurídica, 1984, pp. 69-83.

[37] *Idem*, p. 80.

Estado Miranda de 10 de febrero de 1983,[38] el cual, al decidir la apelación interpuesta contra la sentencia antes mencionada, decretó el amparo solicitado para lo cual, al referirse al problema de la competencia, señaló:

> En lo atinente a la incompetencia del Tribunal Cuarto de Primera Instancia en lo Civil para conocer de la decisión propuesta, ya que conforme al Decreto 384 de 16 de octubre de 1968 publicado en *Gaceta Oficial* No. 25.787 de la misma fecha, sólo tiene competencia en materia de derecho familiar y no ninguna otra, cabe señalar que el mandato del Constituyente de amparar, está dirigido a todos los jueces, y que si bien la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido la incompetencia de los Tribunales Penales para conocer de juicios de amparo distintos a los que tengan por objeto la privación o restricción de la libertad humana, pues de ello corresponde conocer a la Jurisdicción Penal con exclusividad, persiste en cuanto al recurso de amparo la competencia genérica que establece el artículo 49 de la Constitución, lo que hace competente a dicho Tribunal, como Tribunal Civil para conocer en primer grado de este recurso de amparo que evidentemente pretende obtener la protección de un derecho civil como son el de educar, mediante el ejercicio de la actividad docente y el de recibir educación en plantel escogido por los padres.[39]

El Tribunal Superior, para llegar a esta conclusión, al referirse a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1970, ya comentada, y a los cambios legislativos posteriores, expuso lo siguiente:

> Como se ve de dicha sentencia dictada, como se dijo, en 1970, el criterio de la Corte se ha mantenido cerrado en cuanto a la admisión de una acción de amparo constitucional deducida en protección y defensa de los derechos humanos que la Constitución Nacional reconoce y garantiza, en base a la interpretación restringida que se hace del artículo 49 de la Constitución Nacional, es decir, que su posición es la misma que guardó la Corte Suprema Argentina hasta 1957 cuando en el caso Angel Siri, hizo una apertura a la acción de amparo, hasta que el 18-10-66 se dictó la Ley No. 16.986 sobre amparo.
>
> Ha transcurrido un cuarto de siglo de vida democrática, celebrado con euforia y un análisis de los logros, pero la situación de los derechos humanos sigue siendo la misma, pues no se ha regla-

[38] *Idem*, pp. 106-169.
[39] *Idem*, pp. 152-153.

> mentado ese recurso efectivo, rápido y eficaz para desentrañar las violaciones, salvo el amparo de la libertad personal y las restricciones de que ella pueda ser objeto mediante el *Habeas Corpus*, reglamentado por el Constituyente en la Disposición Transitoria Quinta. Son ya leyes vigentes en Venezuela los Tratados Internacionales cuya normativa transcribimos en materia de derechos humanos, políticos, civiles y penales, lo que nos lleva a la conclusión de que la situación jurídica en Venezuela no es la misma de 1970, y la jurisprudencia favorable a la admisión a la acción de amparo a nivel de instancia se ha incrementado con los problemas de competencia, por ser llevados a la jurisdicción penal, aun cuando se trate de materias civiles. por la experiencia que se reconoce a dicha jurisdicción en el manejo de *habeas corpus*.[40]

En esta forma, sin duda, la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de Venezuela, provocó el cambio jurisprudencial mencionado en los tribunales de instancia civiles, admitiéndose el ejercicio de acciones de amparo en materia de derechos civiles ante los mismos, quedando reducida la competencia de los tribunales penales a la protección de la libertad personal y a otros derechos humanos vinculados al ejercicio de dicha jurisdicción.

5. *El nuevo criterio de la Corte Suprema de 1983: el amparo como un derecho y no sólo como una garantía procesal*

Esta interpretación jurisprudencial de los tribunales de instancia, posteriormente fue acogida por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, al decidir sobre una solicitud de amparo introducida por un candidato presidencial contra una decisión del Consejo Supremo Electoral, relativa "al espacio en los canales de televisión oficiales para los candidatos electorales a la Presidencia de la República, que sólo beneficiaba a los respaldados por los partidos políticos que tenían representación en el Consejo Supremo Electoral". La Corte Suprema en ese caso, mediante sentencia de 20 de octubre de 1983, comenzó por admitir la posibilidad del ejercicio de acciones de amparo de derechos distinto al recurso de *habeas corpus*, al señalar respecto del artículo 49 de la Constitución lo siguiente:

> La norma... ha sido objeto de divergente interpretación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales,

[40] *Idem*, p. 149.

pues mientras algunos consideran que se trata de una norma simplemente programática cuya aplicación —salvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta— queda diferida hasta que se dicte la ley especial que regule la materia, otros estiman que la ausencia de este instrumento legal no impide el ejercicio del recurso de amparo, y en apoyo de este último criterio se invoca especialmente el aporte del artículo 50 de la propia Constitución que establece:

"La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Considera la Corte que con esta declaración el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisible, desde el momento que haría de aquellos nuevas declaraciones retóricas sin contenido real.[41]

En esta forma, la Corte Suprema de Justicia admitió la posibilidad de ejercicio de la acción de amparo en Venezuela, con lo cual abandonó su criterio sostenido en 1970 de que la norma del artículo era programática; carácter que, por otra parte, los tribunales de instancia consideraron superado desde el momento en que por ley se habían aprobado convenciones internacionales sobre derechos humanos que exigían la garantía del amparo.

En todo caso, la Corte Suprema advirtió, sobre el ejercicio del recurso de amparo, en su sentencia de 1983, lo siguiente:

Al admitir la posibilidad del ejercicio actual del recurso de amparo, no puede la Corte dejar de advertir que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia.

Al efecto, deben limitar su facultad para admitir recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natu-

[41] Véase en *Revista de Derecho Público*, núm. 11, Caracas, octubre-diciembre de 1983, pp. 169 y 170. Véase el comentario sobre esta sentencia del ponente del fallo, Solá, René de, "El recurso de amparo en Venezuela" en *Revista SIC*, Caracas, núm. 472, febrero 1985, pp. 74 y ss.

ral tengan los derechos que se pretendan vulnerarlos, en razón de que el propio artículo 49 de la Constitución da a entender claramente que si el deber de amparo corresponde a todos los Tribunales de la República, habrá una distribución de competencias entre los mismos, según se desprende del aparte que se refiere al juez competente, y porque el propio constituyente inició esta distribución de competencias al otorgarla a los Jueces de Primera Instancia en lo Penal en lo referente al amparo de la libertad personal (Disposición Transitoria Quinta).[42]

En esta forma, la Corte continuó exigiendo el criterio de la afinidad de competencia que en el Acuerdo de 1972 ya había establecido. Por ello, en el caso concreto sometido a su conocimiento y decidido en la sentencia de 1983, la Corte Suprema se declaró competente en virtud de que la resolución impugnada emanaba del Consejo Supremo Electoral, "y el amparo no podía ser sino la derivación de la nulidad manifiesta del acto administrativo emanado de dicho órgano" y ello "en virtud de la atribución que le otorga el Ordinal 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y porque corresponde a la Corte la función primordial de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público".[43]

Ahora bien, en el caso concreto sometido a la Corte Suprema y resuelto en su decisión de 1983, la Corte declaró sin lugar el recurso de amparo al considerar que no era manifiesto el alegato de inconstitucionalidad de la resolución impugnada del Consejo Supremo Electoral, "y en razón de que no puede esta Corte hacer un pronunciamiento al respecto sino de acuerdo con los procedimientos establecidos para la tramitación y decisión de los respectivos recursos de nulidad",[44] con lo cual se estableció otro de los principios básicos en materia de amparo, y es que el tribunal no puede entrar a decidir las acciones de amparo si existe un recurso o acción judicial paralelo e idóneo como medio de amparo, como en materia de actos administrativos son los recursos contencioso-administrativos de anulación.

[42] *Idem*, p. 170.

[43] *Ibidem*. La atribución 12 del artículo 42, asigna competencia a la Corte Suprema en Sala Político administrativa para "declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los *actos administrativos* generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional".

[44] *Ibidem*.

6. *El criterio de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en 1984: el carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo*

Este criterio ha sido claramente expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia de 25 de enero de 1984, al considerar que la acción de amparo resulta improcedente contra los actos administrativos, "por cuanto esta acción es un medio extraordinario *(sic)* de protección que sólo puede ser utilizada cuando no existan vías a través de las cuales puedan obtenerse el restablecimiento de los derechos subjetivos".[45] En el caso concreto sometido a conocimiento de la Corte Primera se trataba de un acto administrativo formal definitivo y firme de un Consejo de Facultad de una Universidad Nacional, que no había sido objeto de recursos, ni administrativos ni contencioso-administrativo, y por tanto no se trataba de "una actitud fáctica de la autoridad administrativa, sobre la cual no hubiera existido ninguna otra vía jurídica para impugnarlo"; en otras palabras, como lo dijo la Corte Primera:

> La actuación en concreto del Consejo de la Facultad no es una vía de hecho o un acto material que no estuviese respaldado por un acto administrativo, frente al cual el interesado hubiera carecido de algún tipo de protección, sino que por el contrario, consiste en una decisión de carácter jurídico, que de ser arbitraria o ilegal, ha podido invalidarse por la vía del recurso jerárquico administrativo, y que en el supuesto de que también hubiera sido confirmado por el Consejo Universitario, también la protección de sus derechos violados por dicho acto ha podido conseguir el recurrente por vía de recurso contencioso-administrativo de anulación.[46]

Este criterio, que compartimos, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo se desarrollo en la misma sentencia de 25 de enero de 1984, en la siguiente forma:

> En efecto, cuando frente a determinada actuación de la administración se prevea un medio específico para controlar su constitucionalidad o ilegalidad, para obtener el restablecimiento de un derecho o garantía violado, la acción de amparo es inadmisible, porque aparte de que los efectos que se aspiran conseguir con el

[45] Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 17, enero-marzo de 1984, pp. 182-185.

[46] *Idem*, p. 182.

recurso de amparo es posible obtenerlos con el medio específico de impugnación, la aceptación general e ilimitada de tal acción haría inútil e inoperante los remedios jurídicos y judiciales que la Constitución y las leyes prevén ordinariamente. Tal sucede con los recursos administrativos, la acción de inconstitucionalidad y los recursos contencioso-administrativos de anulación que, de admitirse la acción de amparo, sin que el recurrente haya ejercido tales medios de impugnación, se eliminaría de un solo golpe todo el sistema de control de la legalidad contemplado en el ordenamiento jurídico venezolano. En efecto, ¿de qué serviría seguir manteniendo los recursos administrativos y la jurisdicción contencioso-administrativa, si los particulares pudieran intentar directamente la acción de amparo frente a los actos administrativos? ¿Para qué continuar regulando los recursos administrativos y las acciones de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos de los poderes públicos y la tramitación de los juicios de tales acciones, si su anulación pudiera obtenerse principalmente por la vía del amparo? La consagración absoluta e ilimitada del amparo sacudiría los cimientos mismos del sistema jurídico del país, hasta el punto que ante una decisión firme de cualquier autoridad, que ha causado estado, ya no habría seguridad y certeza alguna, ni mucho menos estabilidad. Piénsese en aquellos procedimientos como el de despidos injustificados o de protección de la inamovilidad laboral, si después de acordado un reenganche por una Comisión Tripartita o por un Inspector del Trabajo, en lugar de ejercer la apelación ante la Comisión de Segunda Instancia o ante el Ministro de Trabajo, el patrono acudiera directamente ante esta Corte por la vía del amparo constitucional a solicitar su anulación. Además de la indefensión que se causaría al beneficiado con el reenganche, se estarían eliminando instancias ordinarias y los trámites normales que deben seguir los órganos naturales para revisar las actuaciones de sus subalternos y sus propias decisiones, creándose como regla general un régimen de excepción en materia jurisdiccional, representando por un juicio breve y sumario y por una acción extraordinaria.

Pero por otra parte, la consagración ilimitada y absoluta de la acción de amparo, convertirá a los Tribunales en órganos ordinarios de la actividad y actuación administrativa, es decir, en órganos de alzada, al que constantemente acudirán los particulares para que se les restablecieran sus derechos, perdiéndose de este modo uno de los fundamentos del principio de la legalidad administrativa cual es la potestad o poder de autocontrol, de la propia Administración y, en concreto, de su facultad de revisión de la actividad de los órganos administrativos. Tal potestad y facultad,

además de inútiles, serían innecesarias y terminarían siendo erradicadas del ordenamiento. De este modo operaría en la práctica una derogación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo atinente a la jurisdicción contencioso-administrativa, trastocándose el régimen normal y ordinario de los procedimientos administrativos y de los juicios de nulidad, de un modo tal que lo corriente sería entonces los juicios sumarios y los jueces se convertirían en jueces de excepción y no en jueces naturales.

Por las razones anteriores, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha consagrado el carácter extraordinario de la acción de amparo, cuando en sentencia de su Sala Político-Administrativa de fecha 26-04-71, asentó que, calificada de acto administrativo determinada medida de una autoridad, "es obvio que el interesado puede recurrir ante la Corte si considera que el acto es nulo por inconstitucionalidad o ilegalidad" y que, por lo tanto, los Tribunales no pueden conocer de recursos de amparo contra tales actos" (*Gaceta Oficial* No. 1. 478 Extraordinario de 16-07-71). Además, en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1970, cuyos fundamentos se reproducen en el Acuerdo con fuerza obligatoria dictado por la Sala Político-Administrativa, en fecha 24 de abril de 1972, el máximo Tribunal señaló que constituye grave extralimitación de atribuciones de los Tribunales el que éstos sustancien y decidan, por el procedimiento breve y sumario del amparo, la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos administrativos. Esto significa, agrega esta Corte que sólo por la vía de los recursos de anulación pueden los Tribunales Contencioso-administrativos anular tales actos y restablecer las situaciones jurídicas lesionadas, conforme lo ordena el artículo 206 de la Constitución y no por la vía de la acción constitucional a que se contrae el artículo 49 del mismo texto constitucional. En consecuencia, como lo estableció el máximo Tribunal, en la citada sentencia de su Sala Político-Administrativa de fecha 14 de diciembre de 1970: "Pero el derecho de obtener la actuación de los Tribunales mediante las acciones o recursos que establece la ley, debe ser ejercicio con arreglo a las disposiciones de ésta, pues aunque todas las Cortes y Juzgados de la República están investidos de jurisdicción, su competencia y actuación está limitada a determinados casos y regulada por procedimientos que varían de acuerdo con la naturaleza de la acción y que, en su conjunto, constituyen la garantía procesal por excelencia del derecho de defensa que la Constitución consagra. En razón de ello, 'el derecho de utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses', debe necesariamente ser

ejercido por todos 'en términos y condiciones establecidos por la Ley' (artículo 68 *ejusdem*), o lo que es lo mismo, en los Tribunales, en las oportunidades y conforme al modo de proceder instituido en cada caso por el legislador."

En congruencia con lo expuesto, no puede esta Corte, por la vía del amparo revocar o anular la medida dictada por el Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por tratarse de un acto administrativo frente al cual el interesado disponía de los recursos administrativos y de las acciones de nulidad, siendo por esta razón improcedente la acción de amparo frente a la decisión dictada por dicho Consejo de fecha 14 de septiembre de 1983, y que le fuera comunicada al accionante en fecha 19 del mismo mes y año. En efecto, siendo como es el recurso de amparo una acción no prevista en el ordenamiento constitucional de nuestro país como un medio sustitutivo de control de la legalidad de los actos administrativos por la vía de los recursos administrativos o por la vía del contencioso administrativo, la acción de amparo en contra de la citada medida resulta improcedente, y así se declara.[47]

Conforme a lo anterior, y existiendo frente a los actos administrativos los recursos contencioso-administrativos de anulación, se entiende por qué la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencias de 1982 consideró, en concreto, la decisión de suspensión de los efectos de los actos administrativos conforme al artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como "el ejercicio de un recurso de amparo contra una actuación cuya ilegalidad es discutida por el administrado".[48]

Por tanto, la acción autónoma de amparo no es el único medio judicial de protección y amparo de los derechos constitucionales contra actos arbitrarios de la administración, por lo que, aun cuando no exista todavía una ley reglamentaria del recurso, ello no significa que frente a actos administrativos arbitrarios, violatorios de derechos individuales, los afectados se encuentren desasistidos. Al contrario, éstos deben utilizar las vías ordinarias [49] o las vías de control jurisdiccional de la lega-

[47] *Idem*, pp. 182-184. Véase la crítica a esta sentencia (crítica que no compartimos) en Rondón de Sansó, H., "El amparo constitucional en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 25, EJV, 1986 (en prensa) (pp. 29 y ss., original).

[48] Véase "Sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 27-5-82, 7-6-82 y 21-7-82" en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 11, julio-septiembre de 1982, pp. 170-172.

[49] En los casos en que la "acción esté dirigida a la defensa de derechos definidos y protegidos por el derecho común", como los que serían objeto de acciones

lidad de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa.[50] Es más, en caso de regularse legalmente el recurso de amparo, habría que excluirlo en los supuestos en que están previstas otras vías de amparo o protección jurisdiccional en el ordenamiento jurídico, como es el recurso contencioso administrativo[51] o las acciones posesorias. En todo caso, hasta que no se dicte dicha ley, frente a violaciones de derechos y garantías constitucionales cometidas por la administración por vías de hecho, es decir, mediante actos materiales en los cuales la actuación arbitraria de la administración no está respaldada en un acto administrativo, queda abierta la posibilidad de ejercer el recurso de amparo, pero ante los tribunales con competencia en materia contencioso-administrativa, respetándose el principio de la "afinidad de la competencia".

7. *El amparo frente a las actuaciones de particulares*

Por último, debe señalarse que la institución de la acción de amparo podría considerarse que está concebida en el ordenamiento constitucional venezolano, en base a la regulación parcial que la disposición transitoria quinta de la Constitución hace del *habeas corpus*, como un medio jurídico de protección contra las actuaciones del Estado que lesionen o menoscaben los derechos y garantías constitucionales, por

posesorias, siempre que no estén expresamente prohibidas. Véase Sentencia de la CSJ en SPA de 11-11-70, en *G.O.*, núm. 1.447 de 15-12-70, p. 27.

[50] En tal sentido, la Corte Suprema ha señalado, frente a un acto administrativo de expulsión de un extranjero del país respecto del actual se solicitó amparo, que: "calificado como ha sido de acto administrativo la medida de expulsión en referencia, es obvio que el interesado puede recurrir ante la Corte, si considera que el acto es nulo por inconstitucionalidad o ilegalidad", por lo que decidió que la sentencia del juez de primera instancia en lo penal que otorgó el amparo "carecía de jurisdicción para conocer y decidir sobre el mismo, ya que su competencia se limita a conocer del recurso de *habeas corpus*". Véase Sentencia de la CSJ en SPA de 26-4-71 en *G.O.*, núm. 1.478, Extraordinaria de 16-7-71. Véase, en general, Sarmiento Núñez, J.G., "El amparo contra los actos administrativos", en *Ministerio Público*, Caracas, enero-abril de 1971, pp. 127-132.

[51] *Cfr.*, Rondón de Sansó, Hildegard, *El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa*, Caracas, 1974, p. 350. Debe señalarse, en todo caso, que la acción de amparo no está previsto en el ordenamiento constitucional venezolano, como una institución comprensiva del control de la legalidad de los actos administrativos por la vía contencioso-administrativa, como podría serlo en otros sistemas jurídicos, como el mexicano (véase, en particular, Fix-Zamudio, H., "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela", en *Libro homenaje a Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, 1970, tomo II, pp. 333-389), por lo que su regulación legal deberá diferenciar los supuestos en que procedan ambas vías de protección jurisdiccional.

lo que se ha estimado que no procedería contra actos de particulares que afecten a otros particulares.[52] Las vías judiciales ordinarias ciertamente, están precisamente abiertas en estos casos; pero ello no obsta para que en la ley reguladora del recurso de amparo pueda extenderse la protección frente a acciones particulares.[53] En efecto, es evidente que si no puede obtenerse protección por las vías ordinarias, puede proceder el amparo solicitado por particulares frente a acciones de otros particulares. En base a ello es que los tribunales competentes en materia laboral, han acordado el amparo solicitado por trabajadores frente a empresas que han incumplido la orden contenida en actos administrativos emanados del inspector del trabajo. Los jueces laborales han estimado que el incumplimiento por parte de las empresas de dichas órdenes, constituye una violación de los derechos laborales previstos en la Constitución, y en consecuencia han ordenado a las mismas a reengancar a los obreros en los términos del acto administrativo incumplido.[54] Asimismo, se debe mencionar la decisión del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de 15 de febrero de 1985, en la cual se acordó un amparo solicitado por particulares conforme a los artículos 49, 59 y 66 de la Constitución, ordenándose la ocupación de una publicación anónima que atentaba contra el honor de los recurrentes.[55]

IV. Los principios jurisprudenciales relativos a la acción autónoma de amparo

Como resultado de la evolución jurisprudencial mencionada sobre la admisibilidad de la acción de amparo, como acción autónoma y subsidiaria, puede señalarse que en la actualidad (1986) y aun en ausencia de la ley reguladora del derecho de amparo, ésta puede ejercerse ante todos los tribunales, según su competencia, para proteger y asegurar el goce y ejercicio de todos los derechos y garantías que establece la

[52] *Cfr.*, Martinez M., Guaicaipuro, "Acción de amparo. Legitimación pasiva", en *Doctrina PGR 1971*, Caracas, 1972, pp. 9 y ss.

[53] Véase Escovar Salom, Ramón, *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971, p. 101.

[54] Véase las decisiones del juzgado segundo de primera instancia del trabajo de la circunscripción judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, de 25-4-84, de 10-12-84 (consultadas en original). Véase la referencia en *El Nacional*, Caracas, 15-12-84, p. D-21, y el comentario de Agudo Freytes, E., "Nuevo caso de amparo en materia laboral" en *El Nacional*, Caracas, 8-11-84, p. A-4.

[55] Véase la información en *El Universal*, Caracas, 6-3-85, pp. 1-31.

Constitución o que sean inherentes a la persona humana, frente a cualquier perturbación pública o privada que se haga respecto de los mismos, mediante un procedimiento que debe ser breve y sumario, en el cual el juez tiene potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa y de los tribunales de instancia, en los últimos años ha venido delineando las características de esta acción de amparo en base a los siguientes principios: en primer lugar, ha quedado claramente establecido que la ausencia de la ley especial de la materia no impide el ejercicio de amparo; en segundo lugar, se ha establecido que la competencia de los tribunales para conocer de la acción de amparo se distribuye de acuerdo a su competencia natural y específica; en tercer lugar, se ha precisado el carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo; en cuarto lugar, se ha determinado el carácter breve y sumario del procedimiento, y en quinto lugar, se han ido delineado los poderes del juez al amparar derechos constitucionales.

1. *La ausencia de la ley especial reguladora del derecho de amparo no impide el ejercicio de la acción autónoma de amparo*

Ya hemos señalado el cambio radical de criterio adoptado por la la Corte Suprema de Justicia en 1983, en relación al sostenido en 1970, en cuanto a que la ausencia de la ley especial prevista en el artículo 49 de la Constitución, reguladora del derecho de amparo, no impide el ejercicio de la acción autónoma de amparo.

En efecto, en sentencia de 14 de diciembre de 1970 la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, al analizar el artículo 49 de la Constitución y la disposición transitoria quinta del mismo texto fundamental, que regula "el juez competente y el procedimiento a seguir en el caso de que una persona sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales",[56] concluyó señalando que este procedimiento de *habeas corpus* se estableció única y exclusivamente para proteger la libertad personal, y que, "por tanto, la protección de cualquier otro derecho —establecido o no en la Constitución— queda excluido del campo de aplicación de

[56] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 29.434 de 6-2-71, pp. 219.983 y 219.984. Véase también en Brewer-Carías, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1975 y estudios de derecho administrativo*, Caracas, tomo V, vol. 1, 1978, p. 92

esa norma, por ser evidente la intención del constituyente de limitar su alcance al caso expresamente previsto por ella".[57]

Ésta, en realidad, fue la doctrina establecida en el Acuerdo de fecha 24 de abril de 1972 en el cual la Corte Suprema de Justicia declaró que: "la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal, de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *habeas corpus* previsto en dicha norma."[58]

Por supuesto, este criterio de la Corte era inobjetable. Sin embargo, en el Acuerdo de 1972, la Corte dio por reproducidos los fundamentos de la sentencia mencionada de 14 de diciembre de 1970, en los cuales la Corte fue más allá en sus razonamientos y estimó que mientras no se dictara la legislación especial prevista en el artículo 49 de la Constitución, no era posible el ejercicio del derecho de amparo respecto de otros derechos y garantías constitucionales mediante una acción autónoma, sino sólo mediante los recursos y acciones que existían en el derecho positivo.

En efecto, en cuanto a la acción de amparo, la Corte Suprema consideró que se trata del "ejercicio de una acción cuyo conocimiento no ha sido atribuido por el legislador a un determinado juez y para cuya tramitación aún no se ha establecido el procedimiento previsto en el artículo 49 de la Constitución Nacional", razón por la cual estimó indirectamente que, mientras esa legislación no se dictara, dicha acción de amparo no podía ser ejercida, para lo cual la Corte siguió el siguiente razonamiento vinculado al contenido del artículo 68 del texto fundamental:

> ... el derecho de obtener la actuación de los tribunales mediante las acciones o recursos que establece la ley, debe ser ejercido con arreglo a las disposiciones de ésta, pues aunque todas las Cortes y Juzgados de la República están investidos de jurisdicción, su competencia y actuación está limitada a determinados casos y regulada por procedimientos que varían de acuerdo a la naturaleza de la acción, y que en su conjunto, constituyen la garantía procesal, por exelencia del derecho de defensa que la Constitución consagra. En razón de ello, el derecho de "utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses" debe necesariamente ser ejercido por todos "en los términos y condiciones establecidos por la ley" (artículo 68 e*jus-*

[57] *Ibidem.*
[58] Véase en *Gaceta Oficial,* núm. 30513 de 30-9-74.

dem) o lo que es lo mismo, ante los tribunales, en las oportunidades y conforme al modo de proceder instituido en cada caso por el legislador.[59]

La Corte, por tanto, confundió el contenido del artículo 69 de la Constitución, que consagra un *derecho* fundamental, con el ejercicio de unas acciones judiciales (garantías), por lo que señaló que el amparo de los derechos constitucionales en ese momento sólo se podía obtener mediante las acciones que en ese momento regulaba el derecho positivo (aparte del procedimiento de *habeas corpus*). La Corte dijo:

> ... la intención del constituyente al sancionar el artículo 49, fue formular un principio general, cuya aplicación hubiera quedado en suspenso, aún respecto de las garantías que protegen la libertad personal, hasta que el Congreso sancionara la correspondiente Legislación reglamentaria; lo que no significa, como se dijo, que los jueces dejen de amparar a los habitantes de la República que a ellos ocurran cuando sean infringidos sus derechos o garantías constitucionales, siempre que puedan hacerlo "en conformidad con la ley".
>
> En nuestro ordenamiento jurídico hay previsiones —especialmente en el campo de los derechos patrimoniales— que por las características de las acciones y recursos que crean, de los procedimientos que establecen y de las atribuciones que confieren a los tribunales, sirven al propósito que movió al constituyente a incorporar a la Constitución vigente las normas contenidas en el artículo 49. Al sancionar dichas previsiones, el legislador ordinario se adelantó al constituyente del 61, y creó un sistema de garantías jurisdiccionales para amparar, breve y sumariamente, situaciones jurídicas subjetivas que tiene como fundamento derechos garantizados o no directamente por la Carta Fundamental.[60]

En consecuencia, en dicha decisión de 1970 la Corte Suprema reconoció que el texto del artículo 49 de la Constitución, al consagrar el derecho de amparo, no regulaba una acción única de amparo sino que éste podía obtenerse por las acciones y recursos existentes en el derecho positivo; pero estimó además, por el carácter programático que le atribuía, que cuando esas acciones o recursos no existían respecto de ciertos derechos, sin embargo, la acción de amparo autónoma no podía ejercerse por falta de regulación legal, lo cual evidenciaba, al

[59] *Ibidem.*
[60] *Ibidem.*

decir de la propia Corte, "las lagunas de que adolece el sistema por no estar aún reglamentadas, legalmente, las normas constitucionales...".[61]

En 1983, como se ha dicho, este criterio de la necesidad de la ley especial reguladora del derecho de amparo, para ejercer la acción autónoma de amparo fue modificado radicalmente por la Corte Suprema, al dejar de considerar el contenido del artículo 49 como regulador de un *derecho constitucional*, el cual, como todos, no requiere de ley reglamentaria para poder ser ejercido, conforme al artículo 50 de la Constitución.

En efecto, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de 20 de octubre de 1983, también antes comentada, la Corte se apoyó en la consideración del contenido del artículo 49 como un "derecho constitucional" y no sólo como una norma reguladora de garantías judiciales, por lo que le es aplicable la previsión del artículo 50 de la Constitución en el sentido de que la ausencia de ley reglamentaria del derecho "no menoscaba el ejercicio del mismo". Consideró la Corte en esa decisión que "con esta declaración (art. 50) el constituyente ha reafirmado su voluntad en el sentido de mantener la integridad de los derechos humanos y de ponerlos a cubierto de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, ya que, en su concepto, la diferencia que ha pretendido hacerse entre derechos y garantías es inadmisible, desde el momento que haría de aquéllos, meras declaratorias retóricas sin contenido real".[62]

En esta forma, la Corte cambió su jurisprudencia de 1970, admitiendo abiertamente la posibilidad del ejercicio de la acción autónoma de de amparo;[63] pero quedando incólume el criterio del Acuerdo de 1972 en relación a la competencia de los tribunales penales para conocer del recurso de *habeas corpus* previsto en la disposición transitoria quinta de la Constitución, y la competencia exclusiva de los tribunales contencioso-administrativos para anular actos administrativos, incluso en base a pretenciones de amparo.

2. *La competencia para conocer de la acción de amparo corresponde a todos los tribunales de acuerdo a su competencia natural y específica*

El problema interpretativo derivado de la aplicación del artículo 49 de la Constitución a finales de la década de los sesenta y comienzos

[61] *Ibidem.*
[62] Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 11, 1983, pp. 169 y 170.
[63] *Ibidem.*

de los setenta, estuvo motivado básicamente por el problema de la competencia jurisdiccional para conocer de las acciones de amparo. Los tribunales penales, que conforme a la disposición transitoria quinta de la Constitución tenían competencia para conocer de la acción de *habeas corpus*, cuyo procedimiento se regulaba transitoriamente hasta que se dictara la ley del derecho de amparo, sin embargo, habían comenzado a conocer de acciones de amparo relativas a otros derechos constitucionales, aplicando, no obstante, el procedimiento transitorio del *habeas corpus*, lo cual estaba provocando un desquiciamiento en la distribución de competencias judiciales.[64] Ello llevó al fiscal general de la República, quien sostenía la tesis del carácter programático del artículo 49 de la Constitución,[65] a plantear a la Corte Suprema de Justicia, en comunicación de 22 de abril de 1972, la "gravísima duda" que le surgía:

> De sí también los Jueces Penales de Primera Instancia de la República son competentes para conocer de las acciones o recursos de amparo, en general, o sea de aquellos que tienen a lograr el amparo de cualquier otro derecho establecido en la Constitución o inherente a la persona humana; pero distinto al de la libertad personal.[66]

La comunicación del fiscal general a la Corte Suprema tuvo por objeto instar a la Sala Político-Administrativa de la Corte para que, conforme a lo previsto en el artículo 148 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "resuelva por medio de un acuerdo con fuerza obligatoria la duda existente en algunos jueces y ciudadanos sobre la competencia de los Jueces Penales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal de la República, para conocer de esta clase de acciones".[67]

[64] Véase las referencias a esas decisiones en Agudo Freites, J., Estado actual de la acción de amparo...", *op. cit.*, pp. 687-706.

[65] La tesis restrictiva del amparo por tener el artículo 49 de la Constitución carácter programático, la sostuvo la Corte Suprema de Justicia en la decisión de 14 de diciembre de 1970, *Gaceta Forense*, núm. 70, p. 179. Esta tesis restrictiva era también sostenida, entre otros, por Agudo Freites, E., "Algunos casos de amparo y *Habeas Corpus*", *Anuario 1969. Colegio de Abogados del Estado Lara*, Barquisimeto, pp. 252-256; Miguel, J.A. de, "Amparo y *Habeas Corpus* en la Constitución de Distrito Federal", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, núm. 130, 1965; Oropeza, A., "Conferencia", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, núm. 27, 1964, p. 29; Naranjo Osty, R., en Consejo de la Judicatura, *El recurso de amparo*, p. 4.

[66] Véase el texto de la comunicación en *Ministerio Público*, Caracas, núm. 19, 1972, pp. 103 y 104.

[67] *Idem*, p. 104.

La Sala Político-Administrativa, dos días después, el 24 de abril de 1972, dictó el Acuerdo requerido, en el cual declaró:

> Que la competencia de los Tribunales de Primera Instancia y Superiores en lo Penal, de la República, a que se refiere la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, se limita exclusivamente al conocimiento del recurso de *habeas corpus* previsto en dicha norma; y que en consecuencia, toda decisión que no esté apoyada en la competencia específica de dichos Tribunales o que invada la atribuida por la Constitución y las leyes, a otros órganos judiciales, constituye una usurpación o extralimitación de atribuciones.[68]

Aun cuando en los considerandos del Acuerdo se menciona la sentencia de la Corte de 14 de diciembre de 1970 "cuyos fundamentos" da "por reproducidos íntegramente", y que sostenía el carácter programático del artículo 49 de la Constitución al considerar que consagraba una garantía procesal y no un derecho constitucional, lo cierto es que el texto del Acuerdo de 1972, de carácter obligatorio,[69] *se limitó* a precisar las competencias de los tribunales penales en materia de libertad personal, al conocimiento de la acción de *habeas corpus*, y que toda decisión que adopten no apoyada en su competencia específica o que invada la atribuida a otros tribunales, constituye una extralimitación de atribuciones. Este criterio, aún cuando fue desconocido por algunos tribunales penales,[70] todavía es el que orienta el desarrollo de la acción de amparo en la jurisprudencia y el que se ha ratificado en la sentencia de la Corte Suprema de 23 de octubre de 1983.[71] Por eso el Acuerdo de 1972 no se ha modificado formalmente.

En efecto, conforme al Acuerdo de 1972, los tribunales penales, al aplicar la disposición transitoria quinta de la Constitución, sólo pueden acordar el amparo a la libertad personal, y no pueden amparar otros derechos constitucionales en base esa disposición transitoria, que regula sólo el *habeas corpus*.[72] Sin embargo, el Acuerdo regula el principio

[68] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 29788 de 25-4-72, y en *Ministerio Público*, Caracas, núm. 19, 1972, pp. 105-107.

[69] Véanse los comentarios sobre el alcance de la obligatoriedad del Acuerdo y la base legal (artículo 148 LOPJ) que se utilizó en Rondón de Sansó, H., "El amparo constitucional en Venezuela", *Revista de Derecho Público*, núm. 25 (en prensa) (pp. 7-11 en original).

[70] Véase Agudo Freites, E., "Estado actual de la acción...", *op. cit.*, pp. 767-771.

[71] Véase en *Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas, núm. 16, 1983, p. 170.

[72] Esta tesis había sido sostenida entre otros, por V.M. Álvarez, "El recurso de amparo y el *Habeas Corpus* en la legislación venezolana", *Boletín de la Academia*

que los tribunales penales podrían, "apoyados en su *competencia específica*", amparar otros derechos constitucionales distintos a la libertad personal, pero siempre que no invadan la competencia atribuida por la Constitución y las leyes a otros tribunales; de lo contrario, la decisión que adopten constituiría "usurpación o extralimitación de atribuciones".

De ello resulta el criterio, ahora expresamente sostenido en la decisión de la Corte de 1983 en la cual se abandona la tesis del carácter programático del artículo 49 de la Constitución,[73] de que el amparo como derecho puede dar origen a una acción subsidiaria y autónoma de amparo, que puede ser ejercida ante todos los tribunales, que son competentes, según la "afinidad de su competencia" jurisdiccional específica, con el derecho constitucional violado y cuyo amparo se solicita.

La Corte Suprema en 1983, en efecto, señaló que los tribunales:

> Deben limitar su facultad para admitir recursos de amparo de acuerdo con la afinidad que con su competencia natural tengan los derechos que se pretendan vulnerados, en razón de que el artículo 49 de la Constitución da a entender claramente que si el deber de amparo corresponde a todos los Tribunales de la República, habrá una distribución de competencias entre los mismos, según se desprende del aparte que se refiere al juez competente, y porque el propio constituyente inició esta distribución de competencias al otorgarla a los jueces de primera instancia en lo penal en lo referente al amparo a la libertad personal. (Disposición Transitoria Quinta.) [74]

De acuerdo a este criterio, por tanto, ha quedado definitivamente aceptado el carácter del amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, como un *derecho constitucional*, que puede ejercerse aun en ausencia de ley reglamentaria como lo prescribe el artículo 50 del texto

de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, núm. 39, 1969, p. 14; Zerpa Díaz, L.E., "El amparo constitucional' en *Temas del derecho*, Mérida, 1977, p. 111.

[73] La tesis amplia relativa al amparo, basada en el artículo 50 de la Constitución había sido sostenida, entre otros, por Sierralta, M., *De los recursos de amparo y* Habeas Corpus *en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 28 y 29; Escala Zerpa, R., *Recurso de amparo contra arbitrariedades de funcionarios públicos*, Caracas, 1968; Quintero, J.R., "Recurso de amparo. La cuestión central...", *op. cit.*, pp. 161-169; Escobar Salom, R., *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971; pp. 59-61; Sarmiento Núñez, J.G., *Temas jurídicos*, Caracas, 1972, pp. 139-142; Mendoza Mendoza J.R., *Casos de jurisprudencia o de nuevas interpretaciones*, Barquisimeto, 1973, p. 329.

[74] Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 16, EJV, 1983, p. 170.

fundamental, y que implica la *obligación de todos* los tribunales de amparar dichos derechos, de acuerdo a la afinidad de la competencia natural que tienen asignada con el derecho constitucional violado.

Fue precisamente en base a esa doctrina, que en el caso concreto debatido, al tratarse de un amparo solicitado por un candidato presidencial contra un acto administrativo del Consejo Supremo Electoral, la Corte consideró que:

> Como el amparo no podría ser sino la derivación de la nulidad manifiesta del acto administrativo emanado de dicho órgano, esta Sala se declara competente para resolver la solicitud presentada, en virtud de la atribución que le otorga el ordinal 12 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y porque corresponde a la Corte la función primordial de controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público (artículo 2 *ejusdem)*.[75]

Así, la Corte aceptó el criterio de que la afinidad de competencia, en caso de solicitud de amparo que implique juzgar conductas de entes administrativos, provoca la competencia de los tribunales contencioso administrativos.

En relación al mismo aspecto de la afinidad de la competencia, por ejemplo, aun siendo incompetentes los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las demandas contra empresas del Estado, el ejercicio de una acción de amparo contra una actuación de esas empresas, violatoria de un derecho laboral, debe realizarse ante los tribunales del trabajo, y no ante la jurisdicción contencioso administrativa.[76]

Por tanto, correspondiendo el conocimiento de la acción de amparo a todos los tribunales, con razón la Corte Suprema recomendó en su decisión de 1983, "que los Tribunales de la República deben hacer un uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, tratando de suplir por medio de la analogía y demás instrumentos de interpretación de que los provee el sistema jurídico venezolano, la lamentable ausencia de una ley reglamentaria de la materia".[77]

[75] *Ibidem.*

[76] Este fue el criterio sentado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa en sentencia de 3-10-85 (caso CADAFE). Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 24, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

[77] *Idem*, p. 170. Este mismo criterio fue expuesto por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema en su decisión de 2-7-85 (caso Hevensa) en la cual

3. *El carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo*

En los considerandos del Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de 22 de abril de 1972, antes comentado, y frente a la pretendida asunción de competencia de los tribunales penales para conocer de acciones de amparo contra actos administrativos,[78] la Corte expresó lo siguiente:

> Que en sentencia dictada el 14 de diciembre de 1970, cuyos fundamentos se dan por reproducidos íntegramente en el presente Acuerdo, este Alto Tribunal, decidió que en conformidad con el artículo 206 de la Constitución, corresponde solamente a esta Corte y demás Tribunales de lo Contencioso Administrativo, conocer de la nulidad de los actos de la Administración, Pública Nacional, Estadal o Municipal, y eventualmente, suspender los efectos del acto administrativo impugnado, por vía de previo pronunciamiento.[79]

Con ello quedó definitivamente establecido el criterio de la competencia exclusiva de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la nulidad de actos administrativos, incluso en solicitudes de amparo, por lo que, si la violación de un derecho constitucional era provocada por un acto administrativo, sólo los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa podían anular dicho acto y conceder el amparo requerido, incluso mediante la suspensión de efectos del acto administrativo que provocaba la violación del derecho. La Corte ratificaba, en esta forma, la motivación de su decisión del 14 de diciembre de 1971, producida en un proceso originado con motivo de una acción de amparo intentada ante un juez penal, contra un acto administrativo de un Concejo Municipal que había suspendido una licencia. La Corte sostuvo en esa sentencia su competencia para "anular los actos contrarios a derecho emanados de autoridad nacional, estadal o municipal" y que al ejercer esa atribución, la Corte podría revocar lo decidido por el Concejo Municipal y restablecer la situación jurídica infringida; también podría suspender provisionalmente los efectos del

señaló respecto del amparo, que "su aplicación racional y prudente constituye la mejor defensa de la institución de amparo". Consultada en original, p. 6.

[78] Lo cual había sido defendido por Sarmiento Núnez, J.G., "El amparo contra actos administrativos", *Ministerio Público*, Caracas, 1971, pp. 127-131, quien sostuvo que "contra un acto administrativo se pueden intentar dos acciones: *a)* la acción de amparo, ante la jurisdicción penal; y *b)* la acción de nulidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el recurso de ilegalidad, ante los tribunales que para esa jurisdicción determine la ley" (p. 130).

[79] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 29788 de 25-4-72.

acto, por vía de pronunciamiento previo, como ya lo ha hecho, excepcionalmente, en otras "oportunidades,[80] siempre y cuando concurran circunstancias que, a juicio de la Corte, hagan indispensable tal medida, antes de que termine el procedimiento respectivo".[81]

En esta forma, desde comienzos de 1970, la Corte Suprema se declaraba competente para anular actos administrativos en vía contencioso administrativa, no pudiendo ejercerse una acción autónoma de amparo contra actos administrativos. Este criterio fue luego ratificado en la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 20 de octubre de 1983, adoptada con motivo del ejercicio de un recurso de amparo contra un acto administrativo del Consejo Supremo Electoral, "cuya constitucionalidad debe presumirse —dijo la Corte— mientras no haya sido declarado lo contrario por el órgano jurisdiccional competente y por las vías legales establecidas para el ejercicio de tal tipo de recursos" (de inconstitucionalidad o contencioso administrativos). En tal virtud, la Corte concluyó señalando que "no puede esta Corte hacer un pronunciamiento al respecto (sobre la inconstitucionalidad alegada) sino de acuerdo con los procedimientos establecidos para la tramitación y decisión de los respectivos recursos de nulidad", por lo que declaró improcedente el recurso de amparo para dirimir la cuestión planteada.[82]

Por tanto, cuando la perturbación a un derecho constitucional la causa un acto administrativo, el derecho de amparo debe ejercerse mediante el recurso contencioso administrativo de anulación, no siendo procedente el ejercicio de una acción de amparo y paralela al recurso contencioso administrativo de anulación. En consecuencia, la acción de amparo como acción autónoma, como hemos dicho, se ha considerado una acción subsidiaria que procede siempre que no exista una vía judicial a través de la cual se pueda ejercer el derecho de amparo,[83] siendo

[80] En 1970 aún no se había consagrado en el derecho positivo esta facultad, que había sido creación de la jurisprudencia. En 1976 se consagró en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (artículo 136).

[81] Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 29434 de 6-2-71; p. 219.985. La corte concluía declarando que, conforme al derecho positivo en 1970, no tenía competencia para "conocer de una acción autónoma de amparo" contra actos administrativos.

[82] Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 16, Editorial Jurídica Venezolana, 1983, p. 170.

[83] El carácter subsidiario de la acción autónoma de amparo, que hemos atribuido a la misma (véase Brewer-Carías, Allan R., "El derecho de amparo y la acción de amparo", *Revista de Derecho Público*, EJV, Caracas, núm. 22, 1985, p. 53), y que la jurisprudencia ha venido desarrollando no es como lo ha entendido (mal interpretado el criterio) H. Rondón de Sansó, como si la acción de amparo "sólo es ejercitable cuando hubiesen sido agotados todos los recursos ordinarios que para el caso específico el sistema jurídico prevé" (Rondón de Sansó, H., "El amparo

por tanto improcedente el ejercicio de la acción autónoma de amparo frente a los actos administrativos, los cuales sólo pueden ser impugnados en vía contencioso administrativa. Tal como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 25 de enero de 1984:

> La acción de amparo resulta improcedente contra... (un acto administrativo), por cuanto esta acción es un medio extraordinario de protección, que sólo puede ser utilizada cuando *no existan* otras vías a través de las cuales pueda obtenerse el restablecimiento de los derechos subjetivos violados.[84]

En el caso concreto se trataba de un recurso de amparo contra un acto administrativo de la Universidad de los Andes; la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró improcedente el recurso de amparo concluyendo su decisión en la siguiente forma:

> En congruencia con lo expuesto, no puede esta Corte, por la vía del amparo, revocar o anular la medida dictada por el Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por tratarse de un acto administrativo frente al cual el interesado disponía de los recursos administrativos y de las acciones de nulidad, siendo por esta razón improcedente la acción de amparo frente a la decisión dictada por dicho Consejo... y que le fuera comunicada al accionante... En efecto, siendo como es el recurso de amparo una acción no prevista en el ordenamiento constitucional de nuestro país como medio sustitutivo de control de la legalidad de los actos administrativos por la vía de los recursos administrativos o por la vía de contencioso-administrativo, la acción de amparo en contra de la citada medida resulta improcedente, y así se declara.[85]

constitucional en Venezuela," *op. cit.*, p. 29 original). Esto sería, en estricto derecho, atribuir carácter "extraordinario" a la acción. Cuando hemos hablado de carácter subsidiario de la acción de amparo es en el sentido de que sólo procede *cuando no hay otra vía judicial de amparo* prevista, como es el recurso contencioso-administrativo de anulación y amparo".

[84] Caso *A.I. León Avendaño v. Universidad de los Andes* (Ponente J.R. Duque Corredor). Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 17, Editorial Jurídica Venezolana, 1984, p. 182.

[85] *Idem*. p. 184. La Corte Primera se apoya para sostener este criterio en sentencias de la Corte Suprema de Justicia en esta forma: "... la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha consagrado el carácter extraordinario de la acción de amparo, cuando en sentencia de su Sala Político-Administrativa de fecha 26-4-71, asentó que calificado de acto administrativo determinada medida de una autoridad, 'es obvio que el interesado pueda recurrir ante la Corte, si considera que el acto es nulo por inconstitucionalidad o ilegalidad', y que por lo tanto los

Por tanto, de acuerdo al criterio jurisprudencial dominante, la acción autónoma de amparo es de carácter subsidiario, y sólo procede para proteger el goce y ejercicio de derechos constitucionales, cuando no existan otras vías judiciales a través de las cuales pueda obtenerse la protección necesaria y el restablecimiento de los derechos subjetivos lesionados,[86] criterio que es de particular importancia en materia contencioso administrativa y de amparo frente a los actos administrativos. De ello resulta, por supuesto, no que se niegue el derecho de amparo constitucional ante los actos administrativos, sino que, frente a éstos, el recurso contencioso administrativos de anulación es el medio judicial de amparo constitucional

Por supuesto, en casos excepcionales que el juez contencioso administrativo debe apreciar, si el recurso "contencioso-administrativo resulta insufiente o no constituya un medio lo suficientemente rápido y reparador",[87] el mismo juez contencioso administrativo podría admitir la acción de amparo, como acción autónoma; pero en nuestro criterio, no para anular el acto administrativo que viola el derecho constitucional, sino para amparar la situación jurídica subjetiva lesionada en forma temporal. Éste ha sido el criterio sostenido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 14 de agosto de

tribunales no pueden conocer de recursos de amparo contra tales actos *(Gaceta Oficial,* núm. 1478 Extra de 16-07-71)". *Idem,* p. 183. Además, al comentar la sentencia de la Corte Suprema de 14-12-70, la Corte Primera señala que "sólo por la vía de los recursos de anulación, pueden los Tribunales Contencioso-Administrativos anular tales actos y restablecer las situaciones jurídicas lesionadas, conforme lo ordena el artículo 206 de la Constitución y no por la vía de la acción de amparo constitucional a que se contrae el artículo 49 del mismo Texto Constitucional". *Idem, pp.* 183 y 184.

[86] La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa ha insistido en el carácter del amparo como "recurso subsidiario, que cede ante uno principal, y que por ello, no puede constituir el medio normal de dilucidar controversias respecto a la legalidad de la actuación de los poderes públicos. Véase sentencia de 14-8-85, caso *D. L. de Giménez vs. Asamblea Legislativa del Estado Lara* (Ponente: J.R. Duque Corredor), en *Revista de Derecho Público,* Caracas, núm. 24. Editorial Jurídica Venezolana, 1985. En sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa de 17-1-85, caso *Veneformas v. INH* (Ponente P.M. Reyes), de 17 de enero de 1985, este criterio se expuso también en forma terminante, en los siguientes términos: "... es característica y requisito de procedencia del recurso de amparo, que frente a la situación fáctica que lesiona a la persona en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales, no debe existir recurso paralelo que salvaguarde la situación jurídica infringida; de allí deviene, como se indicó anteriormente, su condición de extraordinario; porque de existir otros recursos, la persona afectada debe hacer uso de tales vías, ciertamente, el amparo exclusivamente procede ante la inexistencia de otras posibilidades procesales". Véase en *Revista de Derecho Público,* Caracas, núm, 21, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 140.

[87] Escobar Salom, R., *El amparo en Venezuela,* Caracas, 1971, p. 76.

1985, en la cual, frente a un acto administrativo de destitución de una funcionaria de una asamblea legislativa en estado de gravidez, la Corte admitió la procedencia de recurso de amparo temporal, en los siguientes términos:

> ...cuando los medios ordinarios no pueden reparar los posibles perjuicios causados por los efectos inmediatos de una actuación administrativa, tratándose de derechos constitucionales como en el presente caso, en el cual la recurrente solicitó el amparo para que se le garantizara la protección que le reconoce la Constitución por su estado de gravidez, si se espera a que finalice la vía administrativa, para que se extinga el acto que la efectó y luego que culmine el respectivo juicio contencioso administrativo que declare su nulidad, no sería posible proteger derecho alguno derivado del embarazo, que por razones naturales y biológicas tiene un periodo determinado, en razón del tiempo transcurrido. Por esta causa, en casos como el presente, para la protección de la madre embarazada, es procedente solicitar un amparo constitucional no *para que se anule un acto* supuestamente ilegal, sino para que *hasta tanto se resuelve definitivamente acerca de la ilegalidad de la actuación administrativa impugnada*, se proteja la maternidad. En efecto, el medio ordinario en el caso presente, los recursos administrativos y dentro de ellos la suspensión en vía administrativa de la decisión cuestionada e inclusive la acción de nulidad, no podrían proteger el derecho constitucional reclamado por lo recurrente, por cuanto al proceso de embarazo es un hecho biológico que no admite suspensiones o interrupciones, y mucho menos esperar, y por ello, aquellos recursos ya no pueden calificarse de ordinarios, porque no pueden reparar de inmediato el perjuicio que sufre una madre embarazada que es separada de su empleo.[88]

Por tanto, si bien el principio general de que el medio de amparo frente a actos administrativos es el recurso contencioso administrativo, en casos como el indicado, cuando éste, como medio ordinario, no puede dar la protección requerida, el juez puede admitir el amparo, no para anular el acto administrativo que viola el derecho, sino para proteger el mismo mientras se dilucida su ilegalidad. En el caso mencionado, el amparo o protección concedida a la funcionaria en estado de gravidez, dijo la Corte Primera, "cesa al terminar el periodo post-

[88] Sentencia de 14-8-85, *cit.*, en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 24, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

natal" y en todo caso, "no produce cosa juzgada respecto a la validez o no del acto impugnado".[89]

Como hemos señalado, esta característica de la acción autónoma de amparo, de ser subsidiaria en el sentido de que sólo procede cuando no hay otra vía procesal que permita ejercer el derecho de amparo, es de particular importancia para configurar el recurso contencioso administrativo de anulación, también, como una vía judicial de amparo, sobre lo cual insistiremos más adelante. Antes, sin embargo, y para concluir las referencias a los criterios jurisprudenciales sobre la acción autónoma de amparo, debemos comentar los aspectos procesales de la misma.

4. *El carácter breve y sumario del procedimiento*

De acuerdo al artículo 49 de la Constitución, al regularse el derecho de amparo se estableció expresamente que "el procedimiento será breve y sumario", por lo que en ausencia de la Ley de Amparo, a los efectos de aplicar esa norma constitucional, los jueces han de aplicar por vía analógica procedimientos breves y sumarios previstos en el ordenamiento. Sobre estas expresiones, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa ha señalado lo siguiente: El procedimiento debe ser *breve*, "en el sentido de tener por sí la condición de ser urgente, en tal condición, será tramitado con celeridad y debe ser resuelto en el menor tiempo posible"; además, debe ser *sumario*, en el sentido de que implica que su procedimiento debe ser simple, sencillo, despojado de incidencias, carente de formalidades complejas y se debe desarrollar en una relación procesal sin partes, limitada en principio, a la actuación del solicitante y del juez que va a conocer del asunto".[90]

Ahora bien, ante la ausencia de la legislación específica que regule los aspectos procesales del ejercicio y desarrollo de la acción de amparo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa ha considerado acertado aplicar para la tramitación de las acciones de amparo, el procedimiento previsto en los artículos 209 y 210 del Código Orgánico Tributario, que tienen por objeto "amparar a los contribuyentes de tributos nacionales ante demoras excesivas de la Administración Tributaria en resolver sus peticiones".[91] Estas normas, en efecto, que re-

[89] *Ibidem.*

[90] Véase la sentencia citada de 17-1-85, *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 21, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 140.

[91] *Ibidem.* Código Orgánico Tributario (COT) de 1982. *Gaceta Oficial*, núm. 2992 Extra, de 3-8-82.

gulan la allí llamada "acción de amparo", aplicadas a la acción autónoma de amparo, podrían dar lugar a los siguientes elementos adjetivos.

A. El escrito de la acción debe ser presentado por la persona afectada, o su representante legal, ante el tribunal competente, y en el mismo debe especificarse las situaciones de hecho que provocan la violación del derecho cuyo amparo se solicita, así como las gestiones realizadas para impedir o reclamar las violaciones.

B. Si la acción apareciere razonablemente fundada, el tribunal requerirá informes sobre la causa de la violación y fijará un término breve y perentorio para la respuesta, por parte del funcionario o entidad que causa la violación.

C. Vencido el lapso, el tribunal debe dictar una decisión "que corresponda al amparo del derecho lesionado" dentro de los cinco días hábiles. En dicha decisión, si es el caso, fijará un término a quien haya violado el derecho amparado para que cumpla la decisión de hacer, de no hacer, de dar o de deshacer que contenga el amparo, según los casos, o si. es el caso, restablecer directamente la situación jurídica lesionada.

Las normas del Código Orgánico Tributario que *mutatis mutandis* dan origen a los mencionados aspectos adjetivos, en criterio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa, "recoger y desarrollar sabiamente el recurso procesal contenido en el artículo 49 de la Constitución, y que ante la cierta falta de regulación legislativa *ad hoc* del amparo, la aplicación de esas normas procesales de forma subsidiaria por la Corte ha sido, sin duda, acertada y cumple satisfactoriamente la exigencia de brevedad en el trámite de los recursos de amparo".[92] Adicionalmente, la Corte Primera, al comentar la aplicación del procedimiento mencionado en un caso concreto de amparo, señaló que ello se hizo:

> En una actitud definida de impedir que el mismo se transformara en una situación procesal compleja, confusa, limitada en el tiempo a resolver las múltiples y variadas impugnaciones opuestas como puntos previos; y ello lo logró, difiriendo el conocimiento de tales impugnaciones al momento y a la oportunidad de resolver de manera definitiva el mérito de la solicitud.[93]

[92] *Ibidem.*
[93] *Ibidem.*

Por último, en relación a los aspectos procesales de la acción de amparo, debe mencionarse la doctrina desarrollada por la jurisprudencia de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de la improcedencia del recurso de casación contra las decisiones de última instancia que se adopten en juicios de amparo. Esta doctrina se expuso inicialmente en 1971, por la Sala de Casación Penal, en la cual simplemente se señaló que, siendo el recurso de casación "de carácter extraordinario, debe estar previsto expresamente en la ley y la enumeración de los casos en que procede es, necesariamente taxativa", y por cuanto "ni el artículo 49 de la Constitución, ni la Disposición Transitoria Quinta de la misma, ni los artículos 333, 58, primer aparte y 62 del Código de Enjuiciamiento Criminal, ni ninguna otra disposición legal, establecen que se admitirá recurso de casación contra las decisiones de los Tribunales Superiores que resuelvan hacerse del recurso de amparo" lo consideró inadmisible.[94]

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en sentencia de 14 de diciembre de 1983 basada en argumentos formales, también negó la admisibilidad del recurso de casación contra decisiones adoptadas con motivo de acciones de amparo, considerando que el procedimiento en las acciones de amparo no constituyen un "juicio civil o mercantil", siendo que la admisibilidad del recurso de casación, conforme al artículo 418 del Código de Procedimiento Civil vigente para la época, sólo está prevista en éstos. La Sala de Casación, en efecto, señaló el recurso de casación: "... no se le concibe sin la existencia de la relación procesal denominada juicio", que esa Sala ha definido como: "las controversias judiciales suscitadas por conflicto intersubjetivos de intereses que el órgano judicial debe resolver por sentencia, previa sustanciación de la causa a través de las formas procesales previstas por la Ley." Ahora bien, al analizar los aspectos adjetivos de la acción de amparo, la Sala de Casación Civil señaló que:

> ... en manera alguna se trata de una acción a seguirse dentro del procedimiento ordinario ni dentro de los procedimientos especiales, destinada a obtener pronunciamiento, sentencia, que decida una controversia suscitadas entre partes.[95]

[94] Sentencia de 13-5-71. Véase en *Repertorio Forense*, Núm. 1761, 26-8-71, pp. 4-6. Igual criterio lo sentó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión de 12-8-71, *Repertorio Forense*, núm. 1854 de 28-11-71, pp. 4-6.

[95] Sentencia de 14-12-83 transcrita y ratificada en su doctrina por sentencia de la misma Sala de Casación Civil de 31-1-85, (consultada en original).

Esta doctrina se ratificó por la misma Sala de Casación Civil en sentencia de 31 de enero de 1985, en la cual se insistió en que, como "las actuaciones o procedimientos seguidos para acordar o negar un mandamiento de amparo constitucional no constituyen juicio en los términos señalados por el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, ...ninguna actuación procesal que directa o indirectamente se relacione con el amparo constitucional estaría sometida al recurso de casación".[96]

Frente a esta doctrina formalista, en nuestro criterio, en la necesaria legislación del derecho de amparo, precisamente por el carácter de medio de protección constitucional de los derechos fundamentales que tiene el amparo, debería preverse el recurso de casación contra las decisiones de última instancia adoptadas como resultado de acciones de amparo,[97] siendo el recurso de casación un medio de control de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones judiciales; dada la importancia y repercusiones de las decisiones en materia de amparo, éstas deberían estar sometidas al recurso de casación, que a su vez debería servir de vía judicial de amparo contra las decisiones de los jueces superiores violatorias de los derechos y garantías constitucionales. De acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a ésta corresponde ejercer el control de "la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público", por lo que el recurso de casación, en cuanto a las decisiones judiciales en materia de amparo, es precisamente el medio judicial que debe estar abierto para el ejercicio de dicho control.

5. *Los poderes del juez de amparo*

Por último, dentro de los elementos que han ido configurando la acción de amparo en Venezuela y que se deducen de las múltiples decisiones de los tribunales en la materia, deben mencionarse los relativos a los poderes del juez de amparo, quizás los más importantes para asegurar el derecho de todos a ser amparados por los tribunales, como lo indica la Constitución.

[96] *Ibidem*, En el Código de Procedimiento Civil vigente, de 1985, el artículo 312 utiliza las mismas expresiones "juicios civiles o mercantiles".

[97] En este sentido la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia establece que corresponde a la Corte, "conocer del recurso de casación en los juicios civiles, mercantiles, del trabajo y en cualesquiera otros en que se consagre dicho recurso *por ley especial*" (artículos 42, 33).

En esta materia, por supuesto, la labor de los jueces está guiada por el mandato constitucional de artículo 49: "Los Tribunales *ampararán* a todo habitante de la República, *en el goce y ejercicio* de los derechos y garantías . . .", para lo cual "el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida." Por ello, en definitiva, la acción de amparo siempre se traduce o en una condena[98] pronunciada contra quien produjo la violación del derecho constitucional, que puede ser de dar, de hacer, o de no hacer o de deshacer, según los casos, o puede ser una decisión de restablecer directamente la situación jurídica infringida, si ello es posible con la sola decisión judicial.[99]

El efecto judicial de la acción de amparo, por supuesto, es el aspecto más importante de la misma, pues según los poderes atribuidos al juez, la protección en el goce y ejercicio de los derechos constitucionales será efectiva. Por ello, las amplias posibilidades judiciales que la norma del artículo 49 de la Constitución abre a los jueces de amparo, permiten señalar que éstos se encuentran, al igual que los jueces norteamericanos e ingleses,[100] con una amplia gama de "remedios" judiciales que pueden utilizar para hacer efectivo el amparo de los derechos fundamentales. Por tanto, y las múltiples sentencias de tribunales de instancia en materia de amparo que se han venido produciendo lo confirman, la decisión del juez puede consistir en mandamientos de dar, de hacer o de deshacer (órdenes) o en mandamientos de no hacer (prohibiciones). En cuanto a los mandamientos de dar, puede tratarse de una condena a restituir un bien, por ejemplo, cuando se ampara el derecho de propiedad, o puede consistir en la condena al pago de una suma de dinero compensatoria del valor del mismo. Por su parte, los

[98] La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por ejemplo en una sentencia de 3-10-85 señaló respecto de una acción de amparo interpuesta por un trabajador a fin de que una empresa diera cumplimiento a la orden de reenganche dictada por una Comisión Tripartita Laboral así como al pago de salarios caídos, que "la acción de amparo se traduce en una condena a una obligación de hacer (reenganche) y otra de dar (pagar sumas de dinero) en contra de una empresa con participación estatal decisiva". Véase en *Revista de Derecho Público*, Caracas, núm. 24, Editorial Jurídica Venezolana, 1985.

[99] Como lo ha señalado H. Rondón de Sansó, "la informalidad del amparo faculta al juez para darle el contenido que juzgue necesario. El eventual contenido del amparo puede ser: acordar un plazo para obtener una respuesta; obligar a la destrucción de una obra; prohibir la difusión o representación; impedir la realización de un acto; dispensas de un trámite". Véase en "El amparo constitucional en Venezuela, *op. cit.* (p. 38, original).

[100] Véase Lawson, F.H., *Remedies of English Law*, Londres, 1980, p. 175; Schwartz, B. y H.W.R. Wade, *Legal control of government*, Oxford, 1978, p. 205.

mandamientos de hacer se traducen en órdenes dadas a quien ha violado el derecho amparado, de realizar actos en sentido positivo,[101] necesarios para restablecer el derecho infringido. En cuanto a los mandamientos de deshacer, pueden consistir en la orden u obligación impuesta a un sujeto, cuando es posible, de destruir algo, o cancelar o deshacer una actividad realizada cuando ello es necesario para restablecer el derecho infringido. Por último, los mandamientos de no hacer, se traducen normalmente en prohibiciones[102] u órdenes negativas, es decir, de abstención, dadas a quien ha violado un derecho, para impedir otras violaciones o para restablecer el derecho violado.

Pero los poderes del juez de amparo van más allá, pues no sólo está facultado para dar órdenes o imponer prohibiciones a quien ha violado un derecho constitucional para ampararlo, sino que está facultado para restablecer directamente, cuando ello es posible con la sola decisión judicial, el derecho infringido, sustituyendo con su decisión cualquier actividad adicional por parte de otro sujeto de derecho o autoridad.[103]

[101] Por ejemplo, equivalentes a las *mandatory injunctions* del derecho inglés. Véase Lawson, F.H., *op. cit.*, p. 198; o de los *writ of mandamus* del derecho norteamericano. Véase Jaffe, L.L., *Judicial control of Administrative Action*, Boston, 1965, p. 176.

[102] Por ejemplo, equivalentes a las *prohibitory orders o injunctions* del derecho inglés. Véase Lawson, F.H., *op. cit.*, p. 179; o a las *injunctions* del derecho norteamericano. Véase Schwartz, B., y H.W.R. Wade, *op. cit.*, p. 221; Laffe, L.L., *op. cit.*, p. 193.

[103] Por ejemplo, cuando el juez directamente decide la incautación de publicaciones que vulneran el derecho al honor.

LOS PRIMEROS DIEZ AÑOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO (1825 - 1835) *

Lucio CABRERA ACEVEDO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Suprema Corte de Justicia como audiencia y como tribunal constitucional.* III. *Informe que dio la Suprema Corte al Ejecutivo respecto a cuáles eran sus funciones de audiencia.* IV. *Las visitas de cárcel.* V. *La revisión de los actos de los alcaldes constitucionales.* VI. *Resolución de conflictos de competencia.* VII. *Los juicios de responsabilidad constitucional de los altos funcionarios y la Suprema Corte.* VIII. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La independencia de México se consumó en septiembre de 1821 y el país pasó a formar parte —aunque con tendencia separatista— del gran movimiento revolucionario español de Cádiz. En ese año, España tenía el gobierno más radical de Europa. Entre el 27 de septiembre de 1821 y el 31 de enero de 1824 rigió en México la Constitución de 1812; a partir de esa fecha, e incluso con posterioridad a la Constitución federal de octubre de 1824, siguieron teniendo vigencia supletoria la Constitución y legislación gaditanas. Fue así, a pesar del encono contra España, que no reconocía la independencia de México y aún deseaba su reconquista. El caso es que surgió una contradicción entre las actitudes e intenciones y la realidad de las instituciones políticas y judiciales, pues, si por una parte, se intentaba romper por completo los lazos con España y su influencia, por otro era inevitable que México continuara bajo el peso de una historia cultural, política y jurídica que eran hispánicas.

Historiadores mexicanos y extranjeros,[1] han señalado que los dos

* La información documental de este artículo aparece en la obra titulada *La Suprema Corte de Justicia. Sus orígenes y primeros años,* México, Poder Judicial de la Federación, 1986.

[1] Brading, David, *Los orígenes del nacionalismo mexicano,* México, Secretaría de Educación Pública, 1973, p. 125. Anna, Timothy E., *La caída del gobierno español en la ciudad de México,* México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 18.

principales ideólogos del naciente nacionalismo mexicano —Servando Teresa de Mier y Carlos María de Bustamante— no se apoyaron en un Rousseau o un Jefferson —a pesar de que los conocían—, sino en las tradiciones legales, filosóficas, históricas e institucionales hispanomexicanas; éstas les ofrecían una base sólida para la independencia. Respecto a las instituciones judiciales, que —como observan los sociólogos— siempre son mucho más conservadoras que las estrictamente políticas, en realidad no sufrieron profundos cambios después de la Constitución de 1824. La Corte Suprema de Justicia de la nueva república mexicana vino a ser heredera de la "audiencia territorial" establecida por la Constitución de Cádiz, aunque, como parece lógico, asumió algunas facultades de carácter constitucional, fundadas en nuevos principios. Pero no se puede decir que existiera un rompimiento con las tradiciones novohispanas. El verdadero cambio había ocurrido antes, cuando la Real Audiencia de la monarquía española se convirtió —merced a la Constitución gaditana— en la audiencia territorial, con facultades exclusivamente judiciales.

A partir de 1825, la Suprema Corte del México independiente, al hacer uso de sus facultades constitucionales, se apoyó por primera vez en nuevos principios: igualdad ante la ley, separación de poderes, supremacía de la Constitución, y otros más. Mas, para hacer realidad esas ideas, manejó una legislación tradicional que tenía siglos y que no se pudo codificar durante muchos años. Además, esa legislación fue aplicada por ministros que habían obtenido el título de abogado durante la época colonial y que, en muchos casos, desempeñaron el cargo de oidores de la audiencia, como Manuel de la Peña y Peña o el sapientísimo dominicano Jacobo de Villaurrutia y López Osorio, oidor de la Real Audiencia de la ciudad de México y partidario del virrey Iturrigaray en 1808.

La relación entre los nuevos principios y la tradición de la audiencia fue lo que determinó que la Suprema Corte de Justicia de la nueva nación mexicana tuviera dos funciones esenciales: ser tribunal constitucional y a la par audiencia territorial. Ambas estuvieron entrelazadas, porque, de hecho, la antigua audiencia ya poseía como atribución de importancia proteger los derechos humanos.

II. La Suprema Corte como audiencia y como tribunal constitucional

En un sentido estricto y un tanto literal, la Suprema Corte, al actuar como audiencia territorial, lo hacía como un tribunal de apelación en

las causas penales y civiles en el Distrito y territorios federales. En un sentido más amplio, cuando funcionaba como audiencia protegía los derechos humanos de libertad e integridad física —derivados de la Constitución de Cádiz— y juzgaba posibles responsabilidades de los altos funcionarios de la Federación y de los gobernadores, como una remembranza de los "juicios de residencia". Pero también tuvo atribuciones constitucionales nuevas —conforme a la Constitución de 1812 y sus leyes orgánicas—, que mucho contribuyeron a dar unidad al país; entre ellas, las de facultar a los nuevos jueces de circuito y de distrito para conocer de las cuestiones impositivas federales en toda la extensión que el territorio de la República poseía en aquella época; o bien, la de señalar la jerarquía y competencia de muchas de las autoridades que en aquel entonces desconocían tanto sus atribuciones como su nivel administrativo; asimismo, la de determinar el rango de las leyes de la nueva república y la supremacía de unas frente a las otras, aunque sin llegar a asumir el poder de declarar la inconstitucionalidad de la ley.

Las nuevas funciones constitucionales preocuparon mucho a los ministros. Ejemplo de ello es el *Informe de la Suprema Corte de Justicia de 6 de abril de 1833;* en él se indica, entre otros puntos, que:

> 3. Asimismo, es de la más urgente necesidad la expedición de una ley, en que se designen las penas que deban imponerse a los funcionarios del poder Ejecutivo, en el caso de que sean responsables en el desempeño de sus destinos, designándose también los trámites que deban seguirse en la substanciación y determinación de estos juicios. Sin esta ley, los juzgados y tribunales de la Federación se hallarán muy embarazados en el ejercicio de las atribuciones que les corresponden.
> 4. Por la misma razón, es también indispensable que se dé la ley que se ofreció en el párrafo 6 de la atribución 5 del artículo 137 de la Constitución, sobre el conocimiento de las causas de las ofensas contra la Nación, de las infracciones de la Constitución y leyes generales, y de todos los demás puntos que allí se expresan.[2]

Desde un punto de vista práctico —más que estrictamente jurídico—, las principales funciones constitucionales de la Suprema Corte de

[2] *Informe de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, en que se proponen varias medidas para el arreglo de la administración de justicia,* México, Imprenta del Águila, 1833, Suprema Corte, Caja 6, Legajo 1833 (2), Archivo 103, Archivo General de la Nación.

Justicia, entre 1825 y 1835, fueron las siguientes: *a)* Hacer visitas a las cárceles, lo que, por derivar del artículo 298 de la Constitución de Cádiz, correspondía a las funciones de audiencia: *b)* proteger a los habitantes de los municipios contra actos de los alcaldes constitucionales, que también llevaba a cabo como si fuera la antigua audiencia; *c)* resolver conflictos de competencia entre las autoridades —que por cierto abundaron y se incoaban con fundamento en lo previsto tanto en la Constitución de 1824 como supletoriamente en la de Cádiz—, y entre los fueros militar, eclesiástico y ordinario, y *d)* conocer de los juicios de responsabilidad contra los altos funcionarios de la República federal. A esto se debe agregar que en aquel entonces el presidente de la Corte sustituía en sus ausencias al de la República, como ocurrió con Pedro Vélez, cuando a fines de 1829 reemplazó interinamente al titular del Ejecutivo, en unión de Lucas Alamán y Luis Quintanar.

Pero, además, la Suprema Corte ejerció otra función constitucional en estos primeros años de la república, en forma similar a como lo hacía la antigua audiencia. En virtud de la ley reglamentaria de la Constitución de Cádiz en materia de justicia —"Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia", de 9 de octubre de 1812— los alcaldes constitucionales de los pueblos adquirieron mucha importancia en la administración de justicia de menor cuantía, ya que sus facultades eran semejantes, aunque más extensas, a las que después iban a tener los jueces de paz, los alcaldes debían tratar de conciliar a las partes, tomar algunas providencias precautorias en cuestiones posesorias y de interdictos, "de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes, en cuyo caso las remitirán al juez de partido", de "aquellas diligencias que aunque contenciosas son urgentísimas y no dan lugar a acudir al juez de partidos...", y de "proceder de oficio, o a instancia de parte, a formar las primeras diligencias de la sumaria, y prender a los reos...".

O sea, en los años de la primera república, la Suprema Corte en sus funciones de audiencia continuó revisando los actos de los alcaldes constitucionales que pudieran afectar los derechos de los habitantes de sus municipios. Lo hizo en tal forma, que constituía una verdadera revisión de la constitucionalidad de esos actos, a petición de los interesados. La importancia de los alcaldes en la administración de justicia y en algunos aspectos administrativos puede comprobarse leyendo el capítulo III del mencionado reglamento de octubre de 1812, en virtud de que, según ordenaba en su capítulo IV (artículo I, fracción

III): "En los demás pueblos en los que no haya juez de letras ni subdelegado en ultramar ejercerán la jurisdicción contenciosa en primera instancia los alcaldes constitucionales, como la han ejercido los alcaldes ordinarios."

III. Informe que rindió la Suprema Corte al Ejecutivo respecto a cuáles eran sus funciones de audiencia

Al finalizar su periodo presidencial Guadalupe Victoria, y cuando los ánimos estaban predispuestos contra España —entonces a punto de enviar la expedición de Barradas—, el presidente pidió a la Suprema Corte un informe sobre sus funciones de "audiencia". Parecía una pregunta teórica, mas envolvía una preocupación política, pues se trataba de que la república no diera la impresión de continuar con las instituciones españolas. La petición la hizo el Ejecutivo el 23 de febrero de 1829 y la Corte contestó el 27 de marzo con mucha dignidad. Expuso que: "respondiendo a las preguntas...., no puede hacerlo sino con generalidades, pues aquéllas son también generales... y que sus facultades eran todas las que comprende la ley de 9 de octubre de 1812...". Es decir, seguían invocando a la Ley Orgánica de la Constitución de Cádiz, aunque estuvieran vigentes la Constitución de 1824 y las leyes orgánicas del Poder Judicial de 1826.[3] Las bases del reglamento de 12 de febrero de 1826 y el de 13 de mayo del mismo año rigieron a la Suprema Corte de Justicia y aclararon sus facultades, conforme a la Constitución federal.

El alto tribunal tenía algunas facultades administrativas de importancia —derivadas también de su carácter de audiencia— para llevar a cabo exámenes de abogados y escribanos y autorizar las ventas de aquellos cargos de la judicatura "vencibles y renunciables", como los de procuradores.

En el mismo informe de 27 de marzo de 1829, la Corte explica que sus tres salas conocían, indistintamente, de los negocios comunes y de los federales, pues no había considerado pertinente que tales diferencias fueran materia de separaciones jurisdiccionales inútiles y sin sentido práctico. En toda su exposición, la Corte mantuvo frente al

[3] "El gobierno pide cuáles son las atribuciones de audiencia de tres salas que ejerce la Suprema Corte en virtud del decreto del Congreso General de 23 de mayo de 1826", Suprema Corte, Caja 2 Bis, 1829, Legajo I, Archivo Expediente 13, Archivo General de la Nación.

Ejecutivo una postura distante y de superioridad, en cuanto a cultura jurídica se refiere.[4]

IV. Las visitas de cárcel

En la Constitución de Cádiz estaba prevista —artículo 298— la visita de cárcel, para garantizar a los presos su derecho a gozar de un mínimo bienestar en las prisiones (artículo 297). El reglamento de las audiencias, de 12 de octubre de 1812, previó dos visitas: las anuales y las semanales, que deberían ser hechas en público, por todos los magistrados de la audiencia, acompañados de otras personalidades y constar en actas que después se publicaban (capítulo I, artículo 1, fracciones LVI a LX). El artículo 44 de las bases reglamentarias de la Suprema Corte, de 14 de febrero de 1826, también instituyó las visitas de cárceles, que debían practicar, asimismo, los jueces de circuito y de distrito, quienes quedaban obligados a rendir un informe cada seis meses, con las listas de los asuntos resueltos y los que restaban pendientes. Además, por medio de las visitas de cárcel, se garantizaba —lo que era de especial importancia— el derecho a un proceso penal a un proceso penal correcto y rápido y a gozar de libertad inmediata si existían violaciones procesales, tales como la ausencia de una orden judicial de aprehensión.

Por lo tanto, la visita de cárcel fue una de las formas más efectivas de proteger la libertad y seguridad de la persona en aquellos tiempos. Significaba una auténtica protección al derecho de tener un correcto proceso criminal, en forma tal vez más efectiva que la que otorgó el juicio de amparo en épocas posteriores, por lo menos respecto a quienes se encuentran dentro de la prisión, ya que la orden de liberar a los detenidos y presos, cuando no existían causas fundadas, era dada inmediatamente por los magistrados y jueces, sin necesidad de dictar sentencia ni esperar más trámites procesales.

V. La revisión de los actos de los alcaldes constitucionales

Existe un expediente en los archivos de la Suprema Corte que se denomina, "Las quejas, casos, abusos y arbitrariedades cometidos por los alcaldes consitucionales".[5] La nueva institución conocía esos asun-

[4] *Ibidem.*

[5] Sobre remisión al Supremo Tribunal de Justicia del Estado de México de las constancias que haya en esta Suprema Corte de Justicia, sobre el conocimiento

tos y procedía en forma similar a como lo hacía la antigua "audiencia", aunque no parece claro el fundamento constitucional o legal o el nombre del recurso conforme al cual actuaba. En ese expediente se puede leer que, en mayo de 1828, el Tribunal Superior del Estado de México —legalmente convertido en heredero directo de la audiencia territorial— preguntó a la Corte Suprema si había continuado resolviendo en su carácter de audiencia las quejas contra actos arbitrarios o abusos cometidos por los alcaldes constitucionales. La Corte contestó afirmativamente. Más aun, hizo un relato de varios casos, como los siguientes:

El 20 de abril de 1826, Modesta Castellanos quejóse ante la Corte contra el alcalde José María López por haberla puesto en prisión arbitrariamente "por sólo no haber querido presentarse a un juicio conciliatorio a su juzgado". La Suprema Corte pidió informes al alcalde y dio vista al 'Ministerio Fiscal". Después resolvió que, no obstante haber razones para formar causa penal al alcalde, no lo hacía por un acto gracioso de su parte. Sin embargo, decidió que había excedido en sus funciones, lo amonestaba e imponía una multa de 25 pesos, mismos que la Corte cedía en favor de la quejosa y su marido, "para resarcirles de algún modo el perjuicio que podrían haber recibido por la detención sufrida...".[6]

El 29 de febrero se presentó ante la Corte Suprema don Joaquín Rodríguez, quejándose contra el alcalde Alejandro Valdés porque lo había recluido en prisión por "una corta deuda civil" y, además, no lo había presentado en "la visita". Al parecer el alcalde lo ocultó cuando los ministros hicieron la visita a la cárcel, pues sin duda y como se ve, era posible hacerlo, aunque fuera en violación de las disposiciones constitucionales y legales. En vista de la seriedad del cargo, la Corte dispuso se hiciera una visita especial a la cárcel y se sacara un testimonio de la partida de Rodríguez. Una vez que los magistrados cumplieron con ese cometido, dictaron una resolución en el sentido de que, por falta de pruebas, no conocían exactamente los hechos imputados al tal Rodríguez, pero que el alcalde debía de inmediato, bien ponerlo en libertad o bien someterlo a un juez de letras semanero. En actitud benevolente, la Corte no consignó al alcalde, pero manifestaba su extrañeza por haber "mantenido —al detenido— en

que con el carácter de audiencia tiene tomado en todos los casos quejas, abusos y arbitrariedades cometidos por los alcaldes constitucionales", México, 4 de junio de 1828, Suprema Corte de Justicia, Archivo General de la Nación.

[6] *Ibidem.*

la cárcel sin proceder a ninguno de los dos extremos, como lo debió de haber ejecutado".[7]

Existen otras muchas quejas contra los alcaldes resueltas por la Corte. Una de ellas era de un señor Vigil que reclamaba al alcalde de Nuevo México, Piña y Baca, porque tenía pendiente, sin diligenciar ,una carta rogatoria. Otra contra el alcalde de Huamantla, por un asunto de tierras. La jurisdicción de la Suprema Corte abarcaba en estos casos al Distrito Federal y los territorios, entre los que estaban Nuevo México y Tlaxcala. En su concepto, procedía como audiencia territorial —y, en cierto modo, como la antigua "Real Audiencia"—, de tal suerte que sin formalismos hacía justicia. La semejanza en la actuación del nuevo alto tribunal de la República y de la tradicional Audiencia Real es bastante clara. Trataba de impartir justicia, más que de aplicar estrictamente la ley, en forma similar a como la tradicional institución española lo había hecho durante la monarquía borbónica y la de los Habsburgo.

Como se puede advertir, estos procedimientos son parecidos a los del juicio de amparo, creado en el Acta de Reforma de 1847. Había un quejoso, un alcalde como autoridad responsable, en ocasiones un tercero perjudicado, ciertos actos reclamados, algunos derechos fundamentales violados y, después de oír a las partes y recabar algunas pruebas, la Corte dictaba una resolución en forma simple y humana. Los alcaldes actuaban la mayor parte de las veces como si fueran jueces de paz, en cuyo caso la Corte Suprema revisaba sus actos como un simple tribunal de alzada. Este es el caso de María Josefa Hernández, que el 23 de agosto de 1827 reclamó al alcalde Manuel Barrera —del Distrito Federal— haberla desalojado de la vivienda que ocupaba. La Corte —también como audiencia, pero estrictamente territorial— resolvió: "se declara sin lugar la solicitud de la ciudadana Hernández, aprobándose lo que aquél ha determinado en juicio verbal".[8]

VI. Resolución de conflictos de competencia

Una función que por primera vez tuvieron los ministros de la Suprema Corte —algunos de los cuales antes habían adquirido experiencia en la audiencia— fue la resolución de conflictos de jurisdicción. Era de suma importancia en las circunstancias de la época, pues la

[7] *Ibidem.* La Corte desde esa época se anticipaba a las sentencias interlocutorias de amparo que se dictan en años recientes contra aprehensiones de la policía en el incidente de suspensión.

[8] *Ibidem.*

nación demandaba unidad y claridad en las atribuciones de las diversas autoridades creadas en los últimos años, tanto por la Constitución de Cádiz como por la de 1824. Debe tenerse en cuenta, por una parte, que los límites territoriales de los estados eran bastante confusos y, por otra, que —como se ha visto— los alcaldes constitucionales ejercían funciones de importancia, lo mismo que las más diversas autoridades administrativas de los estados y de la Federación.

Especialmente creó muchísimos problemas la división de facultades en materia fiscal y de cobro de impuestos —entre autoridades administrativas y judiciales—, que nació a raíz de la Constitución de Cádiz y de los nuevos principios de separación de poderes. La tradición española daba atribuciones amplísimas a los funcionarios hacendarios para requerir el pago de impuestos y, en su caso, practicar el embargo y el remate de los bienes, con facultades coactivas. En cambio, la República partió del principio establecido en el Proyecto de Acta Constitutiva de la Federación —cuyo capítulo de separación de poderes se aprobó el 28 de diciembre de 1823 por el Segundo Congreso Constituyente—, en cuyo artículo 23 estipulaba:

> Todo hombre que habite en el territorio de la Federación mexicana tiene derecho a que se le administre pronta, fácil, completa e imparcialmente justicia en orden a las injurias o perjuicios que se le infieran contra su vida, su persona, su honor, su libertad y propiedades, y con este objeto la Federación deposita para su ejercicio el poder judicial en una Corte Suprema de Justicia, y en los tribunales y juzgados que se establecerán en cada estado.[9]

De esta suerte, había controversias sobre la jurisdicción en el proceso del cobro de impuestos, ya que intervenían tanto autoridades del Ejecutivo como del Judicial. Además, por primera vez en la historia legal y judicial de la nación, se habían establecido los tribunales de circuito y los juzgados de distrito, de influencia norteamericana, no bien entendidos en sus funciones por los experimentados magistrados de la Suprema Corte, cuya cultura era de raigambre española.

Los nuevos tribunales federales entraban en posibles conflictos tanto con los tribunales de los estados, como con la propia Suprema Corte y, sobre todo, con otras autoridades administrativas. Tal fue el caso de la controversia entre el juez de distrito de Yucatán y el comisario

[9] *Crónicas del acta constitutiva*, México, Cámara de Diputados, 1974, pp. 409 y ss.

general del mismo estado, cuyas funciones eran esencialmente hacendarias y fiscales.[10]

El juez de Distrito, Diego Santa Cruz, residente en Campeche, en un ocurso dirigido a la Corte Suprema el 7 de septiembre de 1827, decía que el comisario de Yucatán —comprendido en su jurisdicción— se inmiscuía en sus facultades judiciales, ignoraba el principio de separación de poderes y los límites de sus facultades puramente administrativas en materia fiscal y pretendía poseer facultades judiciales. El juez expuso que había sostenido "con dignidad su función y por lo mismo pide se le extrañe su conducta —al comisario— y se le mande ceñir imperiosamente a la órbita de sus atribuciones, sin excederse de los límites que por su superioridad de carácter tiene con él el poder judicial...". Este asunto planteaba dos cuestiones: en primer lugar, separar la fase del proceso fiscal perteneciente al Ejecutivo de la que era propia del Poder Judicial; en segundo lugar, hecho lo anterior, mantener la dignidad del Poder Judicial y de los nuevos juzgados de distrito, de tal suerte que fueran respetados por toda clase de autoridades, incluso por los importantes comisarios generales con funciones hacendarias. En este asunto, la Corte partió tácitamente del principio de separación de poderes y sostuvo que en materia fiscal la autoridad administrativa —el comisario— tenía facultades hasta el requerimiento de pago del impuesto; pero las fases posteriores —embargo y remate en su caso— eran competencia del Poder Judicial. Por lo tanto, como el juez de distrito estaba en lo cierto, la Corte le dio todo su apoyo y decidió a su favor.[11]

VII. Los juicios de responsabilidad constitucional de los altos funcionarios y la Suprema Corte

Conocer la responsabilidad de los funcionarios tenía larga tradición en el derecho español con los juicios de residencia. Al ser consumada la independencia, Iturbide pretendió "residenciar" o enjuiciar a los diputados que habían conspirado —según él— la noche del 26 de agosto de 1822.[12] Muy poco después, Bustamante también solicitó

[10] "Toca al expediente del juez de distrito de Yucatán, acerca de las confrontaciones que ha tenido con el comisario general de aquel estado sobre materias de jurisdicción", Suprema Corte, Caja 1, 1827, Legajo I, Exp. 30.

[11] *Ibidem.* Numerosas resoluciones emitió la Suprema Corte durante los años de la primera república federal en cuestiones de competencia.

[12] "Diario de Sesiones del Congreso Constituyente de México". Tomo IV. Imprenta de Valdés, México, 1823, p. 52. La palabra "sindicar" es el término más castizo que "residenciar".

un juicio de residencia contra Iturbide y en la sesión de 2 de enero de 1824 pidió ante el Congreso Constituyente que el presidente de la República sufriera un juicio de responsabilidad riguroso.[13]

El artículo 137 de la Constitución de 1824 convirtió a la Suprema Corte de Justicia en un tribunal de responsabilidades en las causas contra el presidente de la República, el vicepresidente, los secretarios de Estado, los diputados y los senadores. Sin embargo, el artículo 138 remitió —respecto a la forma como se sustanciarían los juicios respectivos— a una ley reglamentaria que durante los años de la república federal no se expidió, hecho que lamentaron los ministros de la Corte. El artículo 139 dispuso que los ministros del alto tribunal deberían ser enjuiciados mediante un procedimiento seguido por la Cámara de Diputados. Dice José Barragán que los artículos 38 y 40 de la Constitución son típicos "de la residencia española".[14]

Ahora bien, en este terreno, la Corte sufrió una triste experiencia histórica; debido a los constantes cambios políticos y la polarización de los grupos "yorkinos" y "escoceses", conservadores y liberales y las maniobras de Santa Anna, entró en un campo resbaladizo y peligroso. Su posición nunca fue sólida y cayó en el peligro de quedar envuelta en la política del santanismo. En realidad, la falta de una ley reglamentaria fue un buen pretexto para evitar que como cuerpo colegiado se mezclara en estos asuntos. Tal postura se advierte en el informe de 6 de abril de 1833, antes mencionado, así como en varias declaraciones oficiales y discursos de sus presidentes.

Durante esta época los ministros sufrieron ataques tanto del Legislativo como del Ejecutivo. En virtud de una acusación de la legislatura del Estado de México, la Cámara de Diputados suspendió en sus labores a los ministros Vélez, Peña y Peña, Guzmán, Méndez y Flores Alatorre en marzo de 1834; pero, afortunadamente, salieron vindicados. Santa Anna dio orden fulminante a la Corte Suprema de suspender el juicio de responsabilidad contra Lucas Alamán, José Ignacio Espinosa y José Antonio Facio, el 28 de julio de 1834, lo que con toda dignidad rechazó el alto tribunal. Después, don Andrés Quintana Roo los volvió a acusar —siendo ministro de la Corte—, y don Manuel de la Peña y Peña, en un voto particular, suavizó el problema, el 27 de diciembre de 1834.[15] Alamán resultó absuelto al poco tiempo.

[13] Barragán Barragán, José, *Introducción al Federalismo. (La formación de los poderes, 1824)*. México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1978, pp. 338 y ss.
[14] *Ibidem*.
[15] Véase el texto del voto particular de Manuel de la Peña y Peña en *La Su-*

Resulta evidente que, de haber continuado conociendo la Corte Suprema de estos juicios de responsabilidad, hubiera caído en completo descrédito, víctima de las pasiones políticas. De aquí que fuera una medida extremadamente sabia, de su parte, evitar, dentro de lo posible, actuar en esta materia. Individualmente, los magistrados participaron en actividades políticas y ocuparon cargos en el Ejecutivo y en el Congreso. Incluso, poco después, bajo el centralismo, el cauteloso Peña y Peña fue miembro del Supremo Poder Conservador; pero, como cuerpo colegiado la Corte, no se sumó a ninguno de los grupos, logias o partidos; fue conociendo sus limitaciones; no le era posible seguir la tradición de los juicios de residencia. La monarquía española no tuvo los problemas políticos internos que hubo de enfrentar la naciente República mexicana.

VIII. Conclusión

Se puede afirmar, a manera de conclusión, que la Corte Suprema de México, durante los primeros diez años de labor, continuó parcialmente la tradición de la Real Audiencia y, sobre todo, de la audiencia territorial creada por la Constitución de Cádiz. Protegió los derechos fundamentales de libertad —dentro de los límites que la realidad imponía— sobre todo con las visitas de cárcel, institución de origen español. Tuvo anticipos de lo que después sería el juicio de amparo al recibir quejas contra los alcaldes constitucionales, función con la cual la propia Corte decía actuar como si fuera "audiencia", lo que significa que no pretendía crear algo nuevo, sino simplemente continuar con una trayectoria histórica.

La Corte Suprema de aquel tiempo vislumbró los problemas que enfrentaría en años futuros. Tuvo el sentido de sobrevivencia y de sus propias limitaciones en materia política, lo que le hizo eludir los juicios de responsabilidad de los altos funcionarios. Desde entonces parece que, como cuerpo colegiado, procura no verse implicada en tales asuntos.

prema Corte de Justicia. Sus Leyes y sus hombres, Poder Judicial de la Federación, México, 1985, p. 548.

LA "POLITICA DEL DIRITTO" DI CALAMANDREI: COERENZA E ATTUALITA DI UN MAGISTERO

Mauro CAPPELLETTI *

Nel segno di una comune discendenza intellettuale e di una profonda affinità di valori ideali e metodi di ricerca, mi è caro dedicare all'illustre giurista Héctor Fix-Zamudio questo scritto su Piero Calamandrei, il Maestro fiorentino che fu alle origini del nostro primo incontro e della nostra ormai antica Amicizia. **

1. E' stato detto, molto autorevolmente,[1] che Calamandrei "è nato come scrittore politico" soltanto nel 1944, all'età di cinquantacinque anni. Non sono mai stato d'accordo con questa affermazione, il cui nucleo di verità è, a mio avviso, più apparente che reale.[2] A me sembra infatti che, con rare eccezioni nelle quali si ritrova più il letterato o l'erudito che il giurista,[3] sempre il giurista Calamandrei sia stato, allo stesso tempo, scrittore politico, dato che i suoi scritti giuridici esprimono anche un impegno nettamente e spesso dichiaratamente politico. E si tratta di un impegno che, nella traiettoria di oltre un quarantennio di attività rivela un processo evolutivo di una impressionante coerenza e continuità.

Ho cercato altrove, fin dal 1957, di dare documentata dimostrazione

* Professore di diritto, Istituto Universitario Europeo, Università di Firenze e Stanford University; profesor extraordinario, Universidad Externado de Colombia; Dr. h.c., Università di Aix-Marseille e Università di Gand.

** L'influenza di Calamandrei sull'opera e sul pensiero di Héctor Fix-Zamudio risale ai suoi primissimi studi; ved. ad es. l'articolo "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, VI (1956), pp. 191-211.

[1] Bobbio, Norberto, "Introduzione", in Calamandrei, Piero, *Scritti e discorsi politici* (a cura di N. Bobbio), vol. I, tomo I, Firenze, La Nuova Italia, 1966 p. XI.

[2] Si veda già quanto scrissi in proposito nella "Presentazione" del vol II delle *Opere giuridiche di Piero Calamandrei* (a cura di M. Cappelletti), Napoli, Morano, 1966, p. VI ss. (e in "Il Ponte", settembre 1967, p. 1141, ss.).

[3] Cito un solo esempio: l'articolo su "Un contratto di edizione di Benvenuto Cellini", in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, I, Roma, Soc. ed. di "Il Foro italiano", 1931, pp. 225-241 (ora in *Opere giuridiche*, cit., X, Napoli, Morano, 1985, pp. 120-130).

di tale convincimento.[4] Vorrei qui aggiungere alcune riflessioni sullo stesso tema, nonché sulla permanente attualità pensiero giuridico-politico calamandreiano alla luce del trentennio decorso dalla morte, avvenuta il 27 settembre 1956, del maestro fiorentino.

2. L'evoluzione del pensiero e dell-impegno politici di Calamandrei si può sintetizzare in due "passaggi" esprimibili con formule dai contenuti strettamente interdipendenti, le quali, se possono apparire generiche e perfino riduttive, mi sembrano capaci di esprimere tuttavia il nucleo essenziale della traiettoria del maestro, traiettoria che riflette del resto, come spesso avviene ai grandi pensatori, la traiettoria stessa dell'epoca che fu da lui intensamente vissuta e magistralmente interpretata.

Il primo passagio è quello dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto basato sulla concezione dello Stato promozionale; il secondo passaggio, è quello dal principio di legalità, fondato sull'idea della certezza del diritto come garanzia di un'eguaglianza per lo meno formale, al principio di costituzionalità, inteso non come abbandono della legalità ma come affermazione di una legalità superiore, nella quale si aprono peraltro spazi maggiori alla creatività, e quindi alla responsabilità etico-politica, del giudice e in generale del giurista.

3. Il punto di partenza fondamentale della traiettoria calamandreiana può essere illustrato dagli scritti giovanili, culminati nel grande trattato sulla Cassazione publicato nel 1920 quando Calamandrei aveva 31 anni.[5] Già quell'opera dava la misura del maestro: lo studioso attento "alla realtà effettuale della cosa" —ai fatti ed agli avvenimenti, agli istituti e agli uomini— più che alle mere norme ed alle astratte teorie.

Si tratta di un'indagine poderosa di storia e di diritto positivo e comparato, animata da dichiarati intenti di politica del diritto e segnatamente da un duplice impegno politico. Da un lato, Calamandrei intese offrire una base scientifica alla campagna in favore della Cassazione unica, organo giudiziario supremo garante dell'unità e della certezza del diritto nazionale. Si trattava di portare in tal modo anche in Italia l'istituto della Cassazione alla sua vera ragione d'essere, travisata dal retaggio delle divisioni pre-unitarie e ostacolata da permanenti ambizioni, interessi egoismi locali e regionali. Il successo di questa battaglia dichiaratamente politica non tardò ad arrivare, con la soppressione delle sedi regionali di cassazione.

[4] *Ved.*, oltre allo scritto cit. in nota 2, *supra*, i due scritti raccolti nel mio volumetto *In memoria di Piero Calamandrei*, Padova, Cedam, 1957.

[5] *La Cassazione civile*, 2 voll., Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920, ora in *Opere giuridiche, cit.*, voll. VI e VII, Napoli, Morano, 1976.

Dall'altro lato, l'impegno politico espresso nel trattato sulla Cassazione era forse meno dichiarato, ma anche più profondo. Nell'istituto della Cassazione, in quanto garanzia di legalità nei rapporti civili e penali, come del resto anche nel Consiglio di Stato in quanto giudice garante della legittimità amministrativa, Calamandrei vedeva il prodotto forse più tipico di quella grande rivoluzione liberale del mondo occidentale, cha ebbe come ideale lo Stato di diritto basato sul principio di legalità: il principio secondo cui ogni attività, privata e pubblica —e l'attività stessa giurisdizionale— è vincolata all'osservanza della legge, una legge accertabile appunto dalle corti e, all'apice, dalla gurisprudenza unificatrice della Corte suprema di cassazione.

Il principio di legalità si congiunge così, nella visione calamandreiana, con quello della certezza del diritto, e quindi dell' uguaglianza, almeno formale, di trattamento di fronte alla legge. Vedremo como tale concezione si evolva, senza peraltro mai essere ripudiata, specie nel periodo successivo alla caduta del fascismo Ma qui va dato atto che nel periodo più giovanile è assai potente altresì il richiamo agli elementi logici e formali dell'attività del giudice e del giurista. Tipico è lo studio sulla "Genesi logica della sentenza civile" (1914),[6] dove il giudizio è ancora visto negli schemi del sillogismo formale. Ma anche quando questi schemi si allenteranno e si attenueranno, allargandosi ad una concezione ben più complessa e realistica como nei celebri scritti, commentati anche dal Croce, su "il giudice e lo storico" e su "la relatività del concetto di azione" (entrambi del 1939,[7] resterà tuttavia merma in Calamandrei l'idea centrale che compito del diritto è di creare la certezza su ciò che è ciò che non è "legittimo". Calamandrei rimane al fondo un giuspositivista che, rifuggendo dal ricoso a valori che stanno al di fuori delle leggi, valori che per non essere "posti" della legge sono soggetti alle manipolazioni e all'arbitraria interpretezione di ognuno, e specialmente del potente, vede nell'applicazione della legge la moralità del giurista. Si comprende quindi l'entusiasmo son cui leggerà e commenterà il volume di Flavio Lopez de Oñate su "la certezza del diritto" (1942).[8] entusiasmo particolarmente giustificado in un'epoca in cui venivano dalla Germania nazista, ma si sentivano sempre più pressanti anche

[6] Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I. Napoli, Morano, 1965, p. 11, ss.

[7] Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, pp. 393, ss., 427, ss. Del resto già nello scritto del 1924 su "La sentenza soggettivamente complessa" emerge una più realistica concezione dell'attività formativa del giudizio in cui l'elemento logico si unisce con l'elemento volitivo. *Opere giuridiche, cit.*, I, specie a pp. 108-111.

[8] *Ved.* lo scritto su "La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina", in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, pp. 341-357, ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, p. 504, ss.

nel nostro paese, inviti ad un "diritto libero" in cui l'interprete dovesse ispirarsi più all'ideologia del regime che al testo della legge.[9]

L'impegno politico di Calamandrei per la certezza del diritto, largamente identificato con la legge positiva e garantito da istituti come la Cassazione, era dunque perfettamente giustificabile in quella fase della storia italiana. Si trattava di battersi per il principio di legalità visto come condizione, non sufficiente certo ma necessaria, della libertà o per lo meno di un residuo di libertà dell'individuo nei rapporti publici e privati. A questo principio egli è rimasto fedele attraverso gli anni della dittatura, considerando la fedeltà alla legge come un estremo baluardo e garanzia contro gli arbitri del tiranno e dei suoi agenti, centrali e periferici. Calamandrei ben sapeva che il principio di legalità rappresentava la grande conquista delle rivoluzioni liberali d'Europa: della "Glorious Revolution" inglese del 1688, ispirata al pensiero del Locke, e della rivoluzione francese un secolo più tardi, la quale, ispirata all'insegnamento di pensatori polici come il Moutesquieu e il Rousseau, dalla Francia sié audata gradualmente estendendo al resto del Continente. E' il principio che sta al centro dell'idea, variamente espressa dagli scrittori politici che di quella grande rivoluzione liberale europea furono i precursori, della separazione dei poteri intesa nel senso che nessun sovrano, contrariamente alla concezione hobbesiana, potesse essere assoluto ed agire secondo arbitrio. Il giovane Calamandrei che lavora sulla Cassazione è precisamente lo studioso di una delle massime istituzioni che riflettono, e tendono ad attuare, quest'ideale razionalistico, illuministico se vogliamo, ma soprattutto liberale e libertario, che è il principio di legalità —e di certezza nella legalità.

E' vero che, specie in un regime centralizzato e oppressivo come fu quello fascista, la legge stessa poteva essere manipolata e mutata; ed è altresì vero che sempre la legge può essere o divenire ingiusta. Ma non è meno vero che più temibile ancora appariva allora l'arbitrio

[9] Vanno qui ricordati i duri, coraggiosi commenti con cui Calamandrei, negli anni 1938-42, condannava senza mezzi termini, specialmente sulla *Rivista di diritto processuale civile*, certe perversioni del processo nella Germania nazista; *ved.* ora *Opere giuridiche, cit.*, Napoli, I, p. 386 *ss.*, e IX, Morano, 1983, p. 702 *ss.* Nella stessa luce vanno visti gli scritti, tra cui la Relazione sul progetto preliminare Solmi redatta per la Facoltà giuridica fiorentina (ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, p. 295, ss.), con cui Calamandrei si batté contro la sopressione del principio dispositivo, nel timore che la riforma del processo in senso accentuatamente pubblicistico e inquisitorio riflettesse la prevalenza "di un modello di stato autoritario che repugnava alla sua coscienza di liberale". Denti, Cosi V., "Presentazione", in *Opere giuridiche, cit.*, IX, p. x.

capillare dell'esecutivo e l'abuso individuale del privato fiancheggiato dal potere. La legge, dopo tutto, è intesa a regolare categorie generali di casi futuri, essa è una previsione astratta di situazioni, onde un'uguaglianza almeno formale di trattamento è, di regola, intrinseca all'atto legislativo. L'arbitrarietà del legislatore era pertanto meno imminente e pericolosa, per lo meno nelle circonstanze dell'Italia degli anni venti e, in parte ancora, degli anni trenta. Ci sono state, è vero, gravissime eccezioni a tale regola, come le infami leggi "razziali" della fine degli anni trenta. Ma in generale la legge, non tanto per merito di uomini quanto per la struttura medesima del processo legislativo, rimaneva l'atto meno suscettibile di perversioni arbitrarie, ciò che rese possibile la partecipazione anche di antifascisti dichiarati, come Calamandrei, ad attività di codificazione, una partecipazione che Calamandrei intese anche in funzione di preservare quel tanto di decente e di libertario che poteva derivare dal principio di legalità, e quindi dalla moralità della fedaltà alla legge.

4. L'evoluzione del pensiero di Calamandrei si manifesta nell'arco intero della sua vita, come quando, passando egli stesso attraverso lo critica del sillogismo formale, si rende ben conto che un elemento di discrezionalità, e quindi di responsabilità etica e politica, è ineliminabile nell'attività del giudice, e in generale dell'interprete della legge.[10] Poiché nessuna legge è del tutto chiara, completa, univoca, il principio di certezza nella legalità può essere soltanto un ideale al quale ci si deve avvicinare, senza però mai poterlo compiutamente raggiungere.

Ma se fu proprio l'impegno politico di Calamandrei a far sì che all'epoca del regime fascista tale consapevolezza, pur emersa, rimanesse contenuta e quasi nascosta, essa si espresse invece in maniera più netta e dichiarata negli anni successivi alla caduta del fascismo, e soprattutto dopo la promulgazione della Costituzione repubblicana. Anche in questa fase peraltro, l'evoluzione, pur profonda, è coerente e riflette una perdurante continuità di pensiero: a torto, ritengo, essa è parsa a qualcuno vera e propria rottura. Se sotto il fascismo il principio di legalità poteva rappresentare un'ultima barriera contro l'arbitrio dell'esecutivo, come pure contro l'arbitrio di giudici troppo spesso assoggettati al propotere dell'esecutivo o di privati da tale prepotere appoggiati, l'esperienza della dittatura, specie negli ultimi anni e nelle tragiche convulsioni della guerra esterna e civile, portò alla constatazione che in situazioni di profonda perversione dei valori, l'arbitrio del legislatore può rivelarsi anche

[10] *Ved.*, la nota 7 e il testo che l'accompagna, *supra*.

più totale. Si afferma così l'idea di una *legalità superiore*, affermatrice di certi valori e diritti fondamentali al cui rispetto anche il legislatore è vincolato e dai quali la legge medesima è limitata e controllata.

Nasce così il Calamandrei costituzionalista, propugnatore, e poi fedele autorevole severo difensore, di una Costituzione nella quale sono posti vincoli, non solo di forma ma anche di contenuti, e quindi di valori, allo stesso legislatore. Al di sopra delle due grandi istituzioni giurisdizionali storiche nelle quali si era riflessa la rivoluzione liberale europea —la Cassazione come organo unificatore della giustizia civile e penale e, in un secondo tempo, il Consiglio di Stato come organo della "giustizia nell'amministrazione"— si profila così nel pensiero calamandreiano la necessità di una terza istituzione, una Corte costituzionale come organo supremo di supervisione e di limitazione anche del legislatore, a garanzia della "giustizia nella legislazione". Poiché anche il potere legislativo aveva dimostrato la sua potenzialità di arbitrio, anch'esso avrebbe dovuto esser soggetto ad un limite e ad un controllo. Ma come il principio di legalità non è soppresso, ma bensì integrato dal principio di costituzionalità, così il nuovo organo non sostituisce, ma integra quelli tipici delle conquiste precedenti, significativamente uno degli scritti più importanti, e disgraziatamente uno degli ultimissimi scritti, di Calamandrei tratterà appunto dei rapporti —del "buoni" rapporti— tra Corte costituzionale e autorità giudiziaria.[11]

5. Un altro aspetto dell'evoluzione è immanente in quello testè considerato, e di questo non meno coerente. Poiché la giustizia costituzionale è attuazione di una legge essenzialmente basata su valori, scritti bensì, ma appena accennati e inevitabilmente vaghi e generali —libertà, uguaglianza... —, sarà altresì inevitabile un'accentuazione della creatività, e quindi della responsabilità etica e politica, dell'organo di attuazione di tale legge. Ecco quindi come, pur senza dichiaratamente rinnegare il positivismo giuridico, il costituzionalismo moderno ne rappresenta un superamento,[12] in quanto non può non riconoscere uno stretto rapporto fra morale e diritto, fra politica e legge, un rapporto ed una responsabilità che emergono nettamente negli studi calaman-

[11] "Corte costituzionale e autorità giudiziaria", in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, pp. 7-55, ora in *Opere giuridiche, cit.*, Napoli, III, Morano, 1968, pp. 609-654.

[12] *Ved., i miei studi Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968 (8a. ristampa 1979), *passim*, spec. a pp. VIII-XII (traduz. spagnola con presentazione di H. Fix-Zamudio, in Cappelletti, M., *Justicia constitucional. Estudios de derecho comparado, México*, UNAM, 1986 [?], p. ...); "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1381, spec. a pp. 1400-1404.

dreiani del dopoguerra, come in quello, illuminante, su "La funzione della giurisprudenza nel tempo presente" (1955).[13]

Tale rapporto e tale responsabilità sono tanto più accentuati in quanto i valori costituzionali, riflettendo quella che è una delle più profonde esigenze ideali dell'età contemporanea, un'esigenza superbamente interpretata dal Calamandrei, non si limitano più ad essere meri *limiti negativi* del potere. Certo, anche tali limiti ci debbono essere, e sono essenziali. Essi rappresentano la continuità —la permanente validità dell'ideale liberale dello Stato di diritto. Ma altrettanto essenziali appaiono ormai anche i *programmi sociali* di azione, i principi "promozionali". Una moderna concezione della libertà non può più essere quella di una libertà meramente passiva: e funzione del diritto non è più soltanto la difesa, ma anche la promozione attiva, del'a libertà. Il passaggio, interpretato e propugnato con grande passione da Calamandrei in alcuni dei suoi più importanti scritti del dopoguerra,[14] non è dunque soltanto quello che dallo Stato basato sulla supremazia della legge porta allo Stato basato supremazia della Costituzione —dal principio di legalità al principio di costituzionalità—, ma è anche, come ripeto, un passaggio —graduale, difficile, ma necessario— dallo Stato liberale di diritto, che esalta la libertà individuale, allo Stato sociale di diritto, in cui quella libertà è resa effettiva e accessibile a tutti attraverso l'affermazione dei nuovi diritti sociali. La nuova concezione dello Stato e del diritto come promotori di eguaglianza, e quindi di uguale accessibilità della libertà, impone invero l'inserimento nella Costituzione di quei diritti sociali di libertà, i quali, come Calamandrei ha dimostrato in pagine memorabili che si rifanno al pensiero di altri precursori some Carlo Rosselli,[15] richiedono un impegno d'intervento attivo, un dovere appunto di promozione da parte dello Stato, al fine di eliminare quegli ostacoli economici, sociali, culturali che *di fatto* limitano la libertà dell'individuo, dei gruppi, delle classi sociali.

[13] Ora in *Opere giuridiche, cit.*, I, pp. 598, ss.

[14] Ricordo in particolare quello su "L'avvenire dei diritti di libertà", originariamente pubblicato come intrdouzione alla 2a. edizione di Ruffini, F., *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia, 1946, ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, pp. 183, ss. *Ved.*, il mio scritto "I diritti sociali di libertà nella concezione di Piero Calamandrei", nel vol. cit. *supra*, nota 4, p. 79, ss.; Barile, P., "La nascita della Costituzione: Piero Calamandrei e le libertà", in De Siervo, (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bologna, II, Il Mulino, 1980, p. 15, ss. Giustamente Barile mette peraltro anche in luce alcuni dubbi e oscillazioni che nel pensiero di Calamandrei si sono manifestati sul problema della "giuridicità" dei diritti sociali; *op. ult. cit.*, p. 25, ss.

[15] *Ved.*, Roselli, Carlo, *Socialismo liberale*, 1a. ed. italiana, Firenze-Milano, Edizioni U., 1945.

Ma proprio questa trasformata concezione dello Stato e del diritto, comporta come corollario un'accentuazione ulteriore di quella inevitabile creatività, e quindi responsabilitá dell'interprete, di cui sopra già si è parlato. I diritti sociali, in quanto impongono una graduale attività riformatrice della societá e delle sue structture, pongono l'interprete, e all'apice la Corte costituzionale, di fronte a compiti senza precedenti storia della funzione giurisdizionale. Certo la soluzione più comoda sarebbe quella, pilatesca, di non entrare in questa nuova arena irta di pericoli e difficoltà; e invero un alto grado di prudenza è senza dubbio necessario se la Corte non vuole invadere quella sfera di discrezionalità nell'attuazione delle norme costituzionali di azioni sociale, che dev'essere lasciata al legislatore e in generale alle branche in senso stretto politiche. Ma di fronte a norme che impongono programmi, sia pure graduali, di pubblico intervento, un controllo non può mancare se a tali norme ha da essere assicurato il carattere di veri comandi giuridici anzichè abbassarle al ruolo di vuote proclamazioni rettoriche, controllo di ingiustificate deviazioni e di evitabili ritardi. E qui, necessariamente, il rapporto fra diritto e politica, fra norma costituzionale ed etica sociale, sarà anche più stretto; e altrettanto necessariamente l'attuazione giurisdizionale implicherà un grado particolarmente accentuato d'impegno etico-politico ed una corrispondente responsabilità. Nello Stato promozionale non sono soltanto la funzione e la concezione della norma giuridica che si trasformano; l'evoluzione penetra inevitabilmente la concezione e la funzione della stessa giurisdizione, specialmente al livello della giustizia costituzionale.

6. L'evoluzione del pensiero calamandreiano, como s'è visto, è netta e profonda, ma non meno netta è la sua coerente continuità, la sua fedeltà ad un modello etico e politico delineatosi già nelle opere giovanili. L'idea che sta alla base di quell'evoluzione e infatti sempre la stessa: è l'idea che il diritto debba essere strumento di difesa e di promozione della libertà.[16]

Non meno chiara è la permanente vitalità di quel pensiero alla luce del trentennio di storia trascorso dalla morte del maestro fiorentino, un trentennio di vicende febbrili, spesso caotiche, nella storia dell'Italia, dell'Europa, del mondo.

Calamandrei invero si è rivelato grande precursore di quelle correnti di pensiero processualistico, e in generale giuridico, che hanno caratte-

[16] *Ved.*, il mio scritto "Piero Calamandrei e la difesa giuridica della libertà", nel vol. *cit. supra* nota 4, p. 41, ss., e nella traduzione spagnola di H. Fix-Zamudio in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, VI (1956), pp. 153, ss.

rizzato, non soltanto in Italia ma in tutto il mondo occidentale, gli studi ed i movimenti di riforma dell'ultimo trentennio.

Una prima corrente di pensiero è quella che ha scoperto la *dimensione costituzionale* del processo e del diritto: con l'analisi di sempre nuovi e spesso imprevisti aspetti e fondamenti costituzionali del diritto e del processo,[17] insieme alla scoperta, appunto, di una nuova forma di giustizia, la "giustizia costituzionale".[18] Per quanto concerne il nostro paese, tale corrente di studi si è sviluppata soprattutto dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956, l'anno stesso della morte di Calamandrei; ma è fatto ben noto, e certo non bisognoso di documentazione, che si è trattato di un movimento di pensiero anticipato e promosso in numerosi scritti del maestro fiorentino.[19]

Spesso in stretta connessione con la prima, una seconda fondamentale corrente di pensiero è quella che Edmond Cahn, il filosofo del diritto americano amico e ammiratore di calamandrei, definì "la rivoluzione democratica" negli studi giuridici,[20] il trasferimento cioè del centro d'interesse dello studioso moderno dai "produttori" ai "consumatori" di diritto e di giustizia, l'interesse nuovo o rinnovato per i concreti problemi sociali che le parti incontrato quando battono alle porte del sistema giuridico, e in particolare delle corti di giustizia: gli

[17] Mi limiterò a ricordare le analisi comparative in M. Cappelletti, M. & D. Tallon (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano & Dobbs Ferry New York, Giuffrè & Oceana, 1973; Schwab, K.H., & P. Gottwald, "Verfassung und Zivilprozess", in Habscheid W.J. (Herausgeber), *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmaessige Ordnung*, Bielefeld, Gieseking, 1983, p. 1, ss. *Ved.*, inoltre già Fix-Zamudio, H., *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974.

[18] Sul grandioso fenomeno dell'espansione internazionale della giustizia costituzionale, ved. da ultimo la mia relazione generale al Convegno dell'Association Internationale des Sciences Juridiques tenutosi a Uppsala nel giugno 1984, ora nel vol. *Le contrôle juridictionnel des lois* (publié par L. Favoreu et J.-A. Jolowicz), Paris & Aix-en-Provence, Economica & Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 283, ss.; nonché la mia "Pope John XXIII Lecture", "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of 'Constitutional Justice' ", in 35 *Catholic Univ. Law Rev.*, (1985), p. 1, ss. *Ved.* inoltre già Fix-Zamudio, H., *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968; nonché *id.*, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980; *id.*, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México & Madrid, UNAM & Editorial Civitas, 1982.

[19] *Ved.*, gli scritti da III a XXVIII ora raccolti in *Opere giuridiche, cit.*, III, pp. 127-675 (di particolare importanza il volumetto *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam, 1950, in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 337, ss.).

[20] Cahn, Edmond, "Law in the Consumer Perspective", 112 *University of Pennsylvania Law Rev.* (1963), p. 1, ss., spec. a p. 9.

ostacoli economici, politici, culturali, sociali dell'"acceso" al sistema, con tutti i temi connessi alla tematica dell'accesso, como quelli dei costi e delle durate dei processi, dell'adattamento, mediante forme "differenziate" o "alternative" di tutela, del processo a speciali necessità di flessibilità e di urgenza,[21] del superamento delle difficoltà economiche culturali sociali incontrate dalle parti, del patrocinio del povero, delle disfunzioni della macchina della giustizia.[22] E' quindi la reazione contro una concezione del diritto e del processo, sempre espressamente condannata dal Calamandrei, esasperatamente "puristica", normativistica, astrattamente dogmatica o, come egli diceva riferendosi a qualche "grande" del suo tempo, costruttrice di vuote "architetture formali". La dimensione sociale, scoperta da questa corrente di studi su quelli che, con formula divenuta di gergo, sono ormai chiamati i problemi dell'acceso, ha portato l'analisi ben al di là della pura "norma": allargandola sia a monte della norma stessa —il suo processo di formazione, gli interessi in conflitto, le persone i gruppi le istituzioni coinvolti in tale processo, nonché, non da ultimo, le persone i gruppi le istituzioni *esclusi* da esso—, sia a valle della medesima: la sua interpretazione, applicazione ed impatto sull'ambiente sociale, economico, politico e *lato sensu* culturale; insomma, i rapporti fra diritto e società.[23]

[21] In questa luce vanno visti anche gli studi sulle forme differenziate e urgenti di tutela, come quelli sul "procedimiento monitorio" e soprattutto il volume del 1936 *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cauterlari,* tutti raccolti ora nel vol. IX delle *Opere giuridiche, cit.*

Sulla "centralità" della tematica della tutela differenziata negli studi processualistici degli ultimi anni ved. anche il testo che accompagna la nota 30, *infra.* Mi limiterò a ricordare i contributi importanti di Andrea Proto Pisani, ora raccolti in *Appunti sulla giustizia civile,* Bari, Cacucci, 1982, pp. 209, ss. Meno noto ai processualcivilisti è il mio libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà,* Milano, Giuffrè, 1955 (traduz. spagnola di Fix-Zamudio, H., *La jurisdicción constitucional de la libertad,* México, Imprenta Universitaria, 1961), che era tutto inteso a dimostrare la necessità di quella che già allora chiamavo appunto una "tutela giurisdizionale *differenziata, rinforzata*" delle libertá fondamentali. *Ved. id.,* pp. 6, 16, *passim.*

[22] L'interesse di Calamandrei per i problemi della politica giudiziaria e forense risalgono all'epoca giovanile; *ved. ad.* es. gli scritti su "Il problema giudiziario" e su "L'avvocatura e la riforma del processo civile", entrambi del 1920, nonché il volume *Troppi avvocati!* del 1921, e la prolusione "Governo e magistratura", pure del 1921; tutti raccolti in *Opere giuridiche, cit.,* II, Napoli, Morano, 1966.

[23] Dell'ormai vastissima letteratura sui problemi dell'accesso al diritto e alla giustizia mi limiterò qui a ricordare l'opera in quattro volumi *Access to Justice* (M. *Cappelletti,* gen. ed.), Milano & Alphen aan den Rijn, Giuffrè & Sijthoff and Nordhoff, 1978-79; ved. anche Cappelletti, M. (ed.), *Access to Justice and the Welfare State,* Alphen aan den Rijn & Bruxelles, Sijthoff & Bruylant, 1981, e la versione francese con presentazione di David, R., *Accès à la justice et état-providence,* Paris, Economica, 1984. Per una parziale versione spagnola ved. Cappelletti, M., & B. Garth. *El acceso a la justicia,* La Plata (Argentina), Colegio de Abogados del

Anche qui, Calamandrei è stato precursore. La "rivoluzione democratica" emerge soprattutto, ma non soltando, negli ultimi scritti e specialmente nelle conferenze messicane su *Processo e Democrazia* (la cui edizione inglese si apre proprio con la presentazione di Edmond Cahn).[24] Di esse, Norberto Bobbio ha scritto giustamente che sono "l'espressione più viva e più compiuta del ripensamento" che Calamandrei "fece nell'ultima fase del suo pensiero di tutti i dogmi tramandati nella scienza giuridica continentale".[25] In esse, come ebbi a scrivere vent'anni or sono, il diritto processuale è visto come costume giudiziario piuttosto che come norma, il processo come dramma umano e ricerca di giustizia piuttosto che come puro rapporto giuridico, e la sentenza como risultato di una scelta responsabile e creativa, "creazione della coscienza del giudice", onde i concetti sui quali si costruisce la scuola di pensiero e di educazione processuale di Calamandrei sono quelli di "giustizia e politica", di "sentenza e sentimento", di "independenza e senso di responsabilità", di "processo e libertà", di "rispetto della personalità ed uguaglianza economica delle parti", insomma: di *"processo e democrazia"*. Che sono appunto i concetti di una scuola che ha scelto come proprio criterio "lo studio dell'uomo" anziché quello di più o meno eleganti astrazioni.[26] Poiché —come disse appunto Calamandrei nel discorso inaugurale del congresso internazionale di diritto processuale civile tenuto a Firenze nel 1950, riassumendo "in una sola frase il programma per continuare con rinnovata fiducia il nostro lavoro" —è necessario "ricordarsi che il processo è essenzialmente *studio dell'uomo:* non dimenticarsi mai che tutte le nostre simmetrie sistematiche, tutte le nostre *elegantiae iuris,* diventano schemi illusori, se non ci avvediamo che al disotto di essi di vero e di vivo non ci sono che gli uomini, colle loro luci e le loro ombre, colle loro virtù e le loro aberrazioni".[27]

Una terza corrente di pensiero che, spesso in unione con le prime due, ha caratterizzato molta parte del più moderno pensiero giuridico

Departamento Judicial de La Plata, 1983. *Ved.*, anche Cappelletti, M., & H. Fix-Zamudio, "Access to Justice" in *Boletin Mexicano de Derecho Comparado,* XIV (1981), pp. 761-771.

[24] Calamandrei, P., *Procedure and Democracy* (translated by Adams, J.C., & H. Adams, Foreword by Edmond Cahn), New York University Press, 1956. (Il testo italiano è ora in *Opere giuridiche, cit.,* I, p. 618, ss.; Fix-Zamudio, H., ha curato la versione spagnola, *Proceso y Democracia,* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960).

[25] Bobbio, N., "Ricordo di Piero Calamandrei", in *Studi Senesi,* LXX (1958), p. 25.

[26] "Presentazione", *op. cit. supra* nota 2, p. XIII.

[27] *Opere giuridiche, cit.,* I, p. 576.

e processuale, non soltanto in Italia, è consistita nell'uso più frequente, più vasto e approfondito di quel potente strumento di analisi e di riforma che è la comparazione giuridica. Si tratta di uno strumento che, come risultato finale, può portare alla scoperta, o alla riscoperta, di una *dimensione transnazionale* del diritto e della giustizia, superando così la concezione che vede nello Stato la fonte esclusiva del diritto positivo.[28]

Un'intera sezione delle *Opere giuridiche* è dedicata a "diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri",[29] ma l'impegno comparatistico emerge inoltre in molti altri scritti, tra cui, vivissimo, nel trattato sulla Cassazione. E anch'esso è momento di quell'impegno politico, che è sempre alla base del giurista Calamandrei. Come ha scritto di recente Vittorio Denti nella presentazione del nono volume delle *Opere*, mettendo in luce aspetti concernenti l'impegno comparatistico ma allo stesso tempo anche la seconda "dimensione" sopra menzionata:

> Gli scritti di Piero Calamandrei, raccolti in questo volume, testimoniano due aspetti non trascurabili della sua opera di studioso dei problemi della giustizia civile: l'attenzione verso quelle forme di tutela, diverse dalla cognizione ordinaria, che meglio esprimono lo sforzo di adattamento alle esigenze di rapidità, e di flassibilità insieme, dell'intervento del giudice, e il costante interessamento per le riforme processuali in atto in altri ordinamenti contemporanei. Due settori di studio dai quali emerge non solo la vastità, ma anche la modernità dei suoi interessi culturali: è appena il caso di ricordare, infatti, la centralità, negli odierni studi processuali, del tema della c.d. tutela differenziata, che ha come punto di riferimento i procedimenti speciali e cautelari. Quanto all'esperienza comparatistica, oggi presente in larghi strati della dottrina processualistica, nessuno studioso tra le due guerre mondiali dimostrò la sensibilità e l'apertura di Calamandrei, soprattutto per quei temi di politica giudiziaria che richiedevano uno sforzo di comprensione della situazione storico-politica dei paesi stranieri.[30]

[28] L'opera di Gino Gorla è fondamentale in questa riscoperta; ved. in particolare, Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. Ved. ora anche l'opera collettiva *Integration Through Law* (M. Cappelletti, M. Seccombe & J. Weiler, gen. eds.), Berlin & New York, de Gruyter (della quale sono apparsi nel 1985-86 i primi due volumi in quattro tomi, mentre altri quattro volumi sono in preparazione).

[29] Si tratta di diciannove scritti ora raccolti in *Opere giuridiche, cit.*, IX, p. 525, ss.

[30] Denti, V., "Presentazione", in Calamandrei, P., *Opere giuridiche, cit.*, IX, p. V.

Ma dove l'interesse comparatistico di Calamandrei va al di là del semplice impegno di politica giudiziaria, traducendosi inoltre in una concezione transnazionalistica del diritto e della giustizia, è negli scritti con cui egli si batté per uno "Stato federale europeo" [31] e addirittura per una "Costituzione mondiale".[32] Calamandrei aveva capito che, dopo le due tragiche "guerre civili" che avevano sconvolto l'Europa, il futuro delle nazioni europee era legato ormai a quello di un'Europa unita, e che i valori affermati dalle moderne costituzioni hanno un fondamento comune, tendenzialmente universale. Egli si è fatto così precursore e animatore anche di quella dimensione soprannazionale metastatuale e, come ideale punto d'arrivo, universale, del diritto e quindi degli studi e della politica del diritto,[33] che dopo la sua morte era destinata a trovare manifestazioni concrete soprattuto nel diritto comunitario, ma anche, al di là di questo, nel diritto espresso ad esempio dala Convenzione europea dei diritti dell'uomo e da altri testi transnazionali.

[31] *Ved.* la relazione (del 1948) su "La convocazione dell'Assemblea costituente europea", ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 249, ss.

[32] *Ved.* lo scritto (del 1949) intitolato "Disegno preliminare di Costituzione mondiale: Presentazione ai lettori italiani", ora in *Opere giuridiche, cit.*, III, p. 270, ss. (presentazione della versione italiana del *Preliminary Draft of World Constitution* promosso da G.A. BORGESE).

[33] La visione di un governo universale (una "Federazione Mondiale") emerge in Calamandrei con parole che ricordano quelle, posteriori, di Arnold Toynbee *(Citieson the Move,* London, Oxford University Press, 1970, p. 196 *et passim).* Scriveva Calamandrei nel 1949: "...Oggi i negatori del federalismo... europeo... e, *a fortiori,* del federalismo mondiale non osano disconocere che il fine lontano, verso il uale il genere umano tende nella sua faticosa ascensione attraverso i millenni, sia la federazione universale; e che solo in questa unificazione politica di tutti i popoli il mondo potrà trovare finalemnte la pace. Il moto dellastoria che, come i cerchi sull'acqua, si diffonde in aggregazioni di civilità sempre più vaste, ha assunto in questi ultimi decennî, per le invenzioni che hanno abolito le distanze e tolto alla lontananza ogni efficacia protettiva, un ritmo precipitoso. Oggi l'Europa, per quanto politicamente disunita, è più piccola di quanto fosse un secolo fa l'Italia, o mille anni fa la Toscana. Il mondo si è contratto sotti i nostri occhi...: e quando in qualche parte di esso scoppia un conflitto, ogni popolo è ormai costretto ad accogersi che la guerra è lì, alle sue porte. La casa è così angusta, che non è più possibile accendere il fuoco in una stanza senza che tutta la casa s'incendi. Questa terribile vicinanza che ormai coinvolge tutto il mondo in un solo destino di salvezza o di distruzione, è sentita da tutti, anche da coloro che osteggiano o irridono il federalismo: i quali ben sanno che, se il genere umano non vorrà prima perire per suicidio (l'arma è già carica), la meta ultima non potrà essere che lo stato mondiale". "Disegno preliminare", *cit., supra* nota 32, pp.270-71.

Altre pagine significative dettate dalla stessa ispirazione transnazionalistica possono vedersi a conclusione dello scrito su "L'avvenire dei diritti di libertà", *supra* nota 14, pp. 208-210, nonchè nello scritto "Costituente italiana e federalismo europeo", in *Opere giuridiche,* cit., III, p.211, ss. *Ved.* anche Barile, *op. cit., supra* nota 14, pp.23-24.

specie nell'attuazione giurisprudenziale di nuovissimi organi giudiziari come la Corte europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo.[34]

Certo anche altri grandi maestri del nostro passato recente si possono ricordare e onorare come precursori di qualcuna delle grandi correnti di pensiero sopra menzionate, ma in nessuno di essi riesco a vedere un'unione così completa di tutte come in Calamandrei.[35] Non può quindi sorprendere il fatto che, a trent'anni dalla morte, il suo nome e la sua opera appaiano ancora vivissimi, e non solo nel ricordo di chi, come me, ebbe la grande fortuna di averlo come maestro.

[34] Per una discussione ed elaborazione rinvio ai miei studi "Giustizia costituzionale soprannazionale", in *Riv. dir. proc.*, 1978, p.1, ss.; "Appunti", *cit., supra* nota 12, pp. 1404-1418; "Repudiating", *cit., supra* nota 18, pp. 22, ss.; 28, ss. *Ved.* ora anche Cappelletti M., & D. GOLAY, "The Judicial Branch in the Federal and Transnational Union: Its Impact on Integration", in Cappelletti, M., M. Seccombe & J. Weiler (eds.) *Integration Though Law*, Berlin/New York, vol. 1, book 2, de Gruyter, 1986, p.261, ss.

[35] Tullio Ascarelli, ad esempio, è certo stato maestro e precursore geniale quanto alla seconda e alla terza, ma non mi sembra di poter ravvisare una sua forte impronta quanto alla prima delle tre correnti di pensiero esaminate nel testo. Anche l'articolo di Ascarelli, "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", in *Riv. dir. proc.* 1957, I, p.351, ss., tratta in realtà problemi del ruolo del giudice e dell'interprete più che problemi specifici della emergente giustizia costituzionale. Ascarelli, d'altro canto, è stato grande precursore anche in quell'analisi degli aspetti economici del diritto, che rappresenta senza dubbio un ulteriore importante corrente del pensiero giuridico contemporaneo, anche se tuttora scarsamente sviluppata in Italia. E naturalmente assai grande è stato il suo contributo di originalità e di pensiero nel campo dell'ermeneutica giuridica, altro campo emergente, o riemergente, degli studi contemporanei (basta ricordare l'importanza che esso è andato assumendo, sia pure con perversioni a volte deplorevoli e ingenuità a volte risibili, nela "scuola" che negli Stati Uniti va sotto il nome di "Critical Legal Studies").

LA FIGURA DEL VOTO PARTICULAR EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

José Luis Cascajo Castro *

Al maestro Héctor Fix-Zamudio con invariable afecto.

Sumario: I. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República.* II. *El debate doctrinal sobre las* dissenting opinions. III. *Comentario al artículo 90,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979 de 3 de octubre).* IV. *Breve valoración provisional.*

I. El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República

No es aventurado pensar que un mejor conocimiento del ordenamiento jurídico de la Segunda República española puede ayudar no sólo al análisis de la efímera y frágil experiencia constitucional de este período, sino también a comprender mejor el presente. Quizás por ello no sea ocioso volver sobre este capítulo de inexcusable referencia en la historia de nuestro derecho constitucional.

Los notables estudios sobre las fuerzas políticas y sociales de esta época han develado la comprensión de una "España conflictiva y desgarrada entre realidad y ficción legal" (Tuñón de Lara). Pero es cierto que también los factores institucionales y jurídicos tuvieron su incidencia en un acontecer que bordeaba con frecuencia el mundo del derecho para acabar situándose fuera de él.[1]

* Catedrático de derecho político de la Universidad de Salamanca.

[1] Señala la influencia de factores jurídicos en el discurso político de esta época, Eugenio de Bustos, en el "Prólogo" a la estimable obra de García Santos, Juan F., *Léxico y política de la Segunda República*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1980, p. 13.

Sobre el "estado de guerra civil" como algo no "contra-derecho", sino algo que ocurre extramuros del orden jurídico normal, *vid.*, las magistrales páginas de José María Jover Zamora, en el prólogo al tomo XXXIV de la *Historia de España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, p. CXXX.

Por ello, las instituciones jurídicas del régimen republicano se vieron afectadas por esa discordancia entre la realidad de una institución y su definición formal, que Jover Zamora ha entendido, con acierto, como una categoría sustantiva del derecho constitucional español,[2] lo cual no impidió, sin embargo, la construcción de un ordenamiento constitucional a la altura del mejor Derecho Público de entonces.

Los estudiosos de este intenso período han puesto de relieve el alto nivel de politización que caracteriza a todo el edificio institucional republicano. Edificio que se mantuvo en precario y cuya fragilidad hay que entenderla como inevitable correlato de la fragilidad, tantas veces puesta de relieve, del sistema político republicano.[3]

Un clima de fácil crispación política y social, donde con mucha frecuencia se concebía la política como política partidista *tout court*, no era ciertamente el medio más idóneo para "lograr un verdadero compromiso entre las fuerzas políticas, con la aceptación de un ámbito de legalidad, de una norma fundamental, bajo la cual se desenvolviera el derecho del nuevo Estado".[4]

Por otro lado, es fácil comprender que los aspectos institucionales de un texto fundamental, en cuanto cristalización normativa de un nuevo régimen político, se vieron rebasados por una acelerada dinámica política que parecía entender la Constitución más como un programa de cambio que como garantía del Estado liberal de derecho, a la sazón en profunda crisis.

Como ya ocurriera con el constitucionalismo profesoral de otros países, también aquí era insuficiente el buen manejo de la política y la técnica legislativa, cuando los problemas se planteaban al nivel más profundo de la propia legitimidad del sistema político y económico-social. Era forzoso escribir de un tirón el derecho nuevo, como decía Azaña,[5] pero la legalidad republicana no lograba ordenar los poderosos envites de lo fáctico. La propia polarización social y política marginaba las cuestiones normativas a un plano de inferior relevancia. Y en el específico campo de la defensa jurídica de la constitución, alentaron con fuerza los prejuicios jacobinos de un entendimiento de la demo-

[2] *Idem*, p. XXXVI.

[3] *Cfr.*, Contreras, Manuel, y José Ramón Montero, "Una Constitución frágil, revisionismo y reforma constitucional en la II República española", en *Rev. de Derecho Político*, núm. 12, UNED, p. 26.

[4] *Cfr.*, García Valdecasas, Alfonso, "La elaboración del texto constitucional", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31-32, p. 60.

[5] *Cfr.*, *Antología*. 1. *Ensayos*, "Una Constitución en busca de autor", Madrid, Alianza, 1982, p. 30.

cracia radical y asamblearia, según la versión francesa. Es elocuente, a este respecto, la intervención parlamentaria del ministro de Justicia, Álvaro de Albornoz, quien sería más tarde el primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, manifestando —con motivo de la discusión de la Ley Orgánica del citado Tribunal— la convicción íntima y profunda de que la defensa de la Constitución no era una función jurisdiccional, sino una función política.[6]

En medio de este clima, puede sorprender el propósito republicano de establecer un órgano de garantía jurisdiccional de la Constitución. Cabe incluso preguntarse acerca de la oportunidad de su implantación, cuando —como se ha dicho— existían grandes reservas ante un sistema de fiscalización de las leyes que —interfiriendo la soberanía del Parlamento— podía cuestionar la intangibilidad del régimen republicano y sus conquistas.[7]

Se explica así que los primeros pasos del Tribunal no fueran ajenos a los impusos políticos del país, dada la clara implicación política y el espíritu de partido que afectó a este órgano. Con razón, M. Bassols ha escrito que:

> Su contribución como factor de integración política fue prácticamente nula; antes al contrario, sus decisiones fueron utilizadas como instrumento de desestabilización y de agitación política y social, tanto en el seno de los principales órganos constitucionales... como en el marco de las distintas fuerzas políticas y sociales, principalmente las de signo regional, que impugnaron crítica y sistemáticamente sus sentencias.[8]

Incluso, la labor de pacificación jurídica, hipotéticamente atribuible al Tribunal, se veía mermada por la crítica interna que representaban los votos particulares. La publicidad de éstos no venía, sin embargo, preceptuada ni por el Anteproyecto ni por el Proyecto de la Ley Or-

[6] *Cfr.*, Bassols Coma, Martín, *Estudio preliminar a "la Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española"*, Madrid, CEC, 1981, pp. 51 y 52.

[7] *Ult. op. cit.*, p. 17. Solvente doctrina ha indicado cómo el Tribunal pretendía satisfacer a los que querían un Senado, o consejos técnicos o consejos políticos o garantías para las autonomías o simplemente por mimetismo seguir lo más moderno, y sin embargo no satisfizo a nadie. *Cfr.*, Ruiz Lapeña, Rosa Ma., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982, p. XXI. También, Rubio Llorente, Francisco, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Rev. de Derecho Político*, núm. 16, UNED, p. 33.

[8] *Cfr.*, *op. cit.*, p. 14.

gánica del Tribunal.[9] El cambio de criterio a este respecto se expresa contundentemente en el artículo 41,3 de la citada ley: "...Los votos particulares se harán públicos al mismo tiempo y en la misma forma que las sentencias." Parece ser que la Comisión aceptó la enmienda —sostenida por Ossorio y Gallardo—, de "suprimir esos votos reservados como cosa arcaica y absurda, porque el público tiene derecho a conocer la opinión de todos los jueces, y el juez discrepante tiene también la necesidad de hacer notar a las gentes que él no ha participado de lo que reputa un error".[10]

Para algunos autores, ésta fue una de las características más notables de las sentencias del Tribunal, que, en materia de recurso de inconstitucionalidad de las leyes, contaron siempre con votos particulares que, en gran parte de los casos, descansaban sobre criterios interpretativos distintos de los sostenidos mayoritariamente.[11]

J. Tomás Villarroya, más crítico con esta peculiaridad procesal, delata esta reiterada discrepancia (tanto en el número de votos como en el de vocales que los suscriben), que restaba autoridad al fallo y que no tenía una raíz técnica sino una motivación política.

Es evidente que el balance que arroja el uso de esta figura del voto particular no puede, lógicamente, sustraerse a la suerte política y partidista que acompañó —como hemos visto— al órgano en su conjunto. Pero ello no implica compartir un manido juicio que no ve ningún tipo de aprovechamiento en tan precaria experiencia constitucional. Baste al respecto recordar, con M. Bassols, que: "un examen analítico de los pronunciamientos del Tribunal de Garantías Constitucionales es lo suficientemente revelador para demostrar que los temas clave tuvieron su adecuado tratamiento conforme a soluciones judiciales, apelando a principios y técnicas jurídicas de valor y rigor dogmático que conservan actualidad y fertilidad." [12]

[9] *Cfr.*, artículo 44,5 del Anteproyecto y 37,5 del Proyecto, en Ruiz, Lapeña, *op. cit.*, p. 245.

[10] *Cfr.*, Arcaya, Francisco D. de, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus, 1934, p. 163.

[11] *Cfr.*, Ruiz Lapeña, *op. cit.*, p. 347.

[12] *Op. cit.*, p. 14. En un sentido análogo, M. García Canales escribe: "Digamos también que la lectura de las sentencias aporta, al menos, cierta luz acerca de los criterios hermenéuticos y prácticas propias de la época a la hora de articular las libertades públicas, y también puntos de vista esclarecedores del tipo de organización territorial del poder al que se aspiraba", en "El cincuentenario de la Segunda República en la historiografía", *Studia Historica. Historia contemporánea*, Salamanca, vol. I, núm. 4, 1983, p. 165.

Como ejemplo de que el voto particular no siempre obedecía a estrictas razones políticas, baste citar el formulado a la sentencia de 17 de enero de 1936 contra la Ley

Aun compartiendo el lugar común de su disparatada composición y la implicación política y espíritu partidista que le afecto desde sus orígenes, al cabo de cierto tiempo —ha escrito Orbaneja—:

> Prevaleció la ponderación y un gran sentido de la responsabilidad común. Vistas las cosas desde fuera parecería que no fue así. Existen sentencias del pleno hasta con diez votos particulares. Votos particulares marcados, las más de las veces, por el tinte partidista del firmante. La grieta fue, en realidad, mucho menos profunda de lo que esto da a entender. Porque hay quien vota para que prevalezca su criterio y hay quien vota en contra de la mayoría justamente para hacer el voto particular. No siempre el que formula el voto particular desearía que la resolución no fuese la aprobada.[13]

Tampoco puede olvidarse la práctica novedad del esfuerzo que supuso esta fracasada y breve experiencia de garantías constitucionales, ni el alto nivel doctrinal del debate que produjo.[14] En todo caso, representa un punto obligado de referencia —aunque sólo sea como historia de algo que debe ser evitado— en el análisis del voto particular de la actual jurisdicción constitucional española.

de 7 de diciembre de 1934, donde se manifiesta la idea de inconstitucionalidad intrínseca al considerar que la Constitución contiene también declaraciones de principios que son también preceptivas, debiéndose estimar contrario a su naturaleza todo aquello que contrarie, no sólo la letra de los preceptos orgánicos, sino también el espíritu que informa las declaraciones de principios. *Cfr.*, Cruz Villalón, P., "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 5, p. 132.

[13] *Cfr.*, Gómez Orbaneja, Emilio, "Los avatares del texto constitucional", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31 y 32, 1983, p. 36.

[14] *Cfr.*, Bassols, M., *op. cit.*, *pp.* 13 y 14. También García Valdecasas, A., *op. cit.*, p. 57 y ss.; Hernández Gil, A., "Facetas de dos procesos constituyentes", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31 y 32, donde escribe: "El cambio político de 1931 estuvo asistido y promovido por un elitismo intelectual... Dentro de los intelectuales, ocuparon un lugar destacado los juristas, que prestaron una brillante cooperación." Basta pensar en la nómina de la Comisión Jurídica Asesora o en nombres tan cualificados como Sánchez Román, Pérez Serrano, Recasens Siches, Alcalá-Zamora y Torres, etcétera. Puede consultarse también mi crónica de un coloquio hispano-italiano de juristas sobre este tema, "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 1 (nueva época), p. 243. Recientemente A. Nieto escribe: "Durante la República se acelera el proceso de influencia del Derecho profesoral en el Estado, como lo prueban la vida y la obra de Jiménez de Asúa, Sánchez Román o Fernando de los Ríos", en *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986, p. 57.

II. El debate doctrinal sobre las "dissenting opinions"

1. Algunos de los factores que se suelen ponderar para la recepción o el rechazo de esta figura son, de un lado, las exigencias que derivan de un ordenamiento democrático, así como el sentido de responsabilidad de los propios magistrados, y de otro, los imperativos ligados a los principios de colegialidad e independencia del órgano *iudicante*. Existen además otras razones imputables a las propias tradiciones judiciales; pero, en cualquier caso, parece tratarse de una cuestión que se plantea fundamentalmente desde una perspectiva funcional. En definitiva supone esclarecer si el llamado *dissent* contribuye positivamente al funcionamiento del control jurisdiccional de constitucionalidad.

Hay sin embargo autores, como Mortati, que piensan que más allá de contingentes razones a favor o en contra, subyace en ellas —consciente o inconscientemente— un contraste profundo entre dos diversas concepciones de la Constitución y de la función de interpretación constitucional: *a)* la Constitución como conjunto de preceptos definidos de una vez por todas y *b)* la Constitución como organismo viviente vinculado a la figura de un juez con función creadora de desarrollo y adaptación de los principios constitucionales.[15]

En todo caso, el debate doctrinal y la propia práctica constitucional suministran una serie de argumentos de signo contrario que, como marco de referencia, tratan de explicar la aceptación o no de dicha figura.

2. Una de las primeras razones que se ofrecen a favor del *dissent* es su contribución a un enriquecimiento y mayor profundidad de la jurisprudencia constitucional. Frente a sentencias con fundamentación demasiado escueta y por ello, a veces, inevitablemente contradictoria, la aceptación de *dissenting opinions* posibilitaría argumentaciones más completas y orgánicas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro. Se sirve así mejor a la certeza, dice Mortati, si por certeza no se entiende aparente unanimidad de acuerdos, sino meta a la que se llega por sucesivas aproximaciones.[16] Con el voto particular no se im-

[15] *Cfr.*, Mortati, C., "Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali", en *Raccolta di Scritti*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1972, p. 856.

[16] *Op. cit.*, p. 857. Se contribuye así a la idea de un Tribunal ajeno a la imagen de una justicia salomónica que no elude tampoco los pronunciamientos comprometidos. *Cfr.*, Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed., México, ed. FCE, 1971, donde dice que "la unanimidad meramente formal, que se consigue a expensas de opiniones rigurosas y contrapuestas no puede ser deseable en un tribunal de última instancia, cualquiera que sea el efecto que, al tiempo de

pide la formación de una mayoría sustentadora de la *ratio decidendi* y consecuente fallo, a la vez que se contribuye más concretamente a la actuación de los principios constitucionales.

También se dice que con esta figura se atenúa el peligro de cristalización de la jurisprudencia. En cierta medida, la opinión que discrepa de la mayoría puede operar como resorte o impulso para posibles cambios en los pronunciamientos del Tribunal. En este sentido, el *dissent* favorece la formación de una jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural.

Además, el voto particular puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez. Se expone fundamentalmente que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras. Por todo lo cual, las *dissenting opinions* pueden ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina.[17]

3. Ahora bien, en el debate doctrinal que estamos reseñando, también se han establecido un conjunto de razones en contra de la manifestación de votos particulares.

En primer lugar se dice que posibilitan un control partidista de la actividad de los jueces, con lo que se puede acentuar la importancia política de la actividad de los tribunales constitucionales.

También se alega que la prohibición de expresar opiniones discrepantes impide la formación de fracciones en el seno del órgano y contribuye a no fomentar lecturas exclusivamente partidistas de las sentencias. Particularmente atendible es la observación de los que opinan que el voto particular presenta el riesgo de reproducir, en el pleno del ór-

pronunciarse, pueda producir en la opinión pública", p. 85. Recientemente, Rolla, G., *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Nápoles, Jovene, 1986, pp. 138 y ss. También Grosser, A., "Cours constitutionnelles et valeurs de référence", en *Pouvoirs*, núm. 13, 1980, p. 130.

[17] *Cfr.*, Mortati, C., *op. cit.*, pp. 868 y ss. Hay autores que vinculan la existencia de esta figura a un nivel de mayor recognoscibilidad y por lo tanto de mayor control para los comportamientos de los tribunales constitucionales, en el ámbito de la dialéctica que ellos establecen con los otros poderes del Estado, sancionando una especie de responsabilidad política "difusa", *Cfr.*, Caretti-E. Cheli, P., "L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale", en el vol. col. *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridi contemporanei*, a cargo de A. Pizzorusso y V. Varano, Giuffrè, Milán, 1985, vol. II, p. 1033. También Rolla, G., *op. cit.*, p. 140 y ss.

gano, la geografía política del sistema sobre todo en periodos de rápidas transformaciones sociales con intervenciones legislativas de ruptura.[18]

Para algún sector de la doctrina, la voz disidente disminuye la fuerza y autoridad de los pronunciamientos judiciales, compromete la certeza jurídica y debilita el grado de convencimiento y la aceptación establecida de las sentencias, que se convierten así en expresión no tanto de un *ius dicere* cuanto de opiniones de mayorías y minorías.

También es evidente que el principio de colegialidad del órgano puede verse afectado. Dicho principio favorece el repliegue y la maduración interna de las actuaciones del Tribunal, además de implicar una cierta medida de protección frente al ambiente político externo. La colegialidad, como ha escrito Calamandrei, puede convertirse en ciertos casos en salvaguarda de la independencia, ya que en algunas controversias políticamente difíciles, en las que se trata de ir contra el Poder Ejecutivo o contra los intereses del partido dominante, el órgano que juzga tiene necesidad de un cierto coraje para sustraerse a la abrumadora autoridad del conformismo, y este coraje es más fácil que lo tenga un colegio que no un juez solo.[19]

4. De la exposición de los anteriores argumentos no debe, sin embargo, deducirse que esta cuestión sólo admite la rígida alternativa que supone la admisión o el rechazo de las llamadas *dissenting opinions*.

Cabe, por el contrario, optar por una serie de técnicas que ponderan el alcance del voto particular. Efectivamente, es posible establecer distintos grados de exteriorización de la opinión que disiente, sujetando por ejemplo su publicidad a la suscripción de la misma por dos magistrados al menos, o, como ya se propuso en el debate constituyente, sin mencionar al autor de la discrepancia.[20] Ahora bien, dado que es imposible prever con carácter general el acertado tratamiento de cuestiones vinculadas a criterios de oportunidad y funcionalidad, la solución de *lege ferenda* quizás debiera confiarse a la propia potestad reglamentaria del órgano, o dejarla incluso en el terreno de las convenciones constitucionales.

En este sentido nadie duda de la conveniencia de adoptar por una-

[18] *Cfr.*, Panza, Salvatore C., e Antonio Reposo, "Corte Costituzionale: Le 'dissenting opinions' Ancora alla ribalta", en *Quaderni Costituzionali*, diciembre 1981, p. 599. *Cfr.*, Rolla, G., *op. cit.*, p. 144.

[19] *Cfr.*, *Processo e democrazia*, Opere Giuridiche, vol. I, Morano, Nápoles, 1965, p. 658. (De esta obra existe traducción española del prof. Fix-Zamudio.) Sobre los efectos de la unitariedad formal, *vid. Manuale di Diritto Pubblico*, a cargo de Amato-Barbera, Bolonia, il Mulino, 1984, p. 770.

[20] Sobre diversas formas de publicidad del voto particular en el derecho comparado, *vid.*, Rolla, G., *op. cit.*, pp. 147 y ss.

nimidad las decisiones de mayor importancia, consiguiendo así un *idem sentire* en los asuntos de más trascendencia (Elia). Incluso, parece razonable el criterio de los que entienden el uso del voto particular, no para el caso de meras discrepancias profesionales de criterio, sino para los casos de conciencia, donde se manifiestan las distintas creencias o convicciones morales.

De cualquier modo, el debate doctrinal que esta cuestión ha suscitado en Italia,[21] así como la práctica constitucional del *Sondervotum*,[22] revelan hasta qué punto nos encontramos ante un *problema abierto* que aconseja, en todo caso, criterios de flexibilidad por parte de los sistemas continentales europeos de justicia constitucional.

III. Comentario al artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979 de 3 de octubre)

Con los elementos de juicio que proporcionan los argumentos hasta ahora expuestos, cabe comentar el supuesto particular que ahora nos ocupa. En el caso del Tribunal Constitucional español, las sentencias se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere (artículo 164.1 de la Constitución española). Y así, en cumplimiento y desarrollo de esta posibilidad constitucional, el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece que:

> El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a su fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y, cuando se trate de sentencias o de declaraciones, se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".

Reconocida constitucionalmente la figura del voto particular, la Ley Orgánica precisa así su alcance: se admiten dos clases de votos particulares (el voto discrepante y el voto concurrente, según que la opinión que disiente se refiera a todas las partes de la decisión o a su

[21] *Cfr.*, Panza y Reposo, *op. cit.* También la introducción de C. Geraci a *Opinioni dissenzienti* de Oliver Wendell Holmes, Giuffrè, Milán, 1975, pp. X y ss. Una última reconstrucción de este recurrente debate, en Rolla, G., *op. cit.*, pp. 138 y ss.

[22] *Cfr. Handbuch des Verfassungsrechts*, Herausgegeben von E. Benda, W. Maihofer y Hans-J. Vogel, de Gruyter, Berlin, New York, 1983, pp. 1245, 1274 y 1275. También Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Becksche, 1980, vol. II, pp. 1042 y 1043.

fundamentación). Se permite también la posibilidad de emitir votos particulares sobre resoluciones del Tribunal que no sean sentencias o declaraciones y finalmente se determina el carácter nominativo del voto.[23]

Tan contundente respaldo constitucional y legal a favor de la figura del voto particular, podría considerarse avalada por una serie de preceptos constitucionales que, sistemáticamente interpretados, sintonizan con la solución adoptada. Desde las propias exigencias democráticas del ordenamiento (artículo 1.1 y 2), aplicadas en este caso al proceso de formación de la voluntad del órgano de garantías constitucionales, hasta el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 y 3), pasando por la propia asimilación que el artículo 164.1 hace del procedimiento de emanación de la sentencia con el procedimiento legislativo. Además, en nuestro ordenamiento la publicidad de las actuaciones judiciales no sólo es un principio sino que integra también el contenido de un derecho fundamental (artículo 24.2).

En el orden legal, el propio artículo 80 de la LOTC remite con carácter supletorio a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en algunas materias sobre procedimiento. Este último texto legal, en su artículo 313, establece el principio general de publicidad del proceso civil, y la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985, en su artículo 260.1, 2 y 3, enuncia con la mayor claridad y extensión la figura del voto particular.[24]

La doctrina, hasta el momento, apenas ha tratado esta cuestión. Ya en el periodo constituyente G. Trujillo expresó argumentadas reservas al respecto,[25] advirtiendo los peligros de una posible dependencia po-

[23] Debe hacerse notar que ,dado el sistema de distribución de ponencias por turno salvo en los casos excepcionales que por acusadas discrepancias sea necesaria una asignación distinta, cabe el supuesto de que el propio ponente formule un voto particular. Como ha escrito Tomás y Valiente en el voto particular a la S. 60/1983 de 6 de julio: "el Ponente expresa la opinión de la Sala y no necesariamente la suya propia, por lo que cuando, como ocurre en el caso presente, el parecer del Ponente no coincide con el del resto de la Sala puede formular si así lo estima procedente su voto particular discrepante." En igual sentido el voto particular de Rubio Llorente a la S. 3/1984 de 20 de enero.

[24] Del mismo texto legal son también pertinentes para el caso que nos ocupa, los artículos 206.1 y 2; 232.1 y 265. *Cfr.*, Bandres, J.M., "La publicidad de los debates y decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional Español", en el vol. col. *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, p. 644.

[25] *Cfr.*, "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español", en *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 154.

lítico-partidista de los jueces o del Tribunal. Otros autores, como Almagro Nosete, González Pérez y Agundez, se han mostrado, por el contrario, partidarios del reconocimiento de tal figura.[26]

Particular interés tiene la opinión de G. Peces-Barba, pues a una enmienda suya se debe la constitucionalización del voto particular, en cuanto garantía para todos los ciudadanos y garantía de publicidad.[27] Según este autor:

> Este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares.[28]

Hasta ahora la experiencia habida en el uso del voto particular, ha resultado en términos generales claramente positiva. La valoración reciente hecha por G. Rolla[29] también expresa un juicio favorable. Analizando la jurisprudencia de estos primeros años de actividad del Tribunal Constitucional —escribe este autor—, no parece que los magistrados hayan recurrido de modo sistemático y en medida excesiva al voto particular; no parece tampoco que tal instituto haya tenido un impacto particularmene traumático en el sistema español.[30]

Para G. Rolla, todos los magistrados han hecho uso de este recurso al voto particular de forma sustancialmente homogénea, si bien algunos con mayor insistencia. De lo cual deduce que, internamente, no han habido "disensos organizados" y que, prevalentemente, el voto particular se ha formulado al margen de esquemas o condicionamientos preestablecidos. También valora la ausencia de votos particulares por parte del presidente, como contribución a su función de equilibrio y de expresión de la voluntad general del órgano.[31] Señala como institucional-

[26] *Cfr.*, Almagro Nosete, J., *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, p. 393; González Pérez, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 191. Agundez, A., "Repercusiones de la Constitución de 1978 en el derecho procesal" en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978, vol. II, p. 464.

[27] *Cfr.*, *La Constitución española de 1978*, Valencia, F. Torres, 1981, p. 353.

[28] *Op. cit.*, p. 252.

[29] *Op. cit.*, 149 y ss. *Cfr.*, también Cruz Villalón, P., "Los años de jurisprudencia constitucional española", *Rev. de Derecho Político*, núm. 17, UNED, p. 28.

[30] *Op. cit.*, p. 150.

[31] A propósito de esta actitud, se ha dicho que "esta conducta supone posiblemente un reforzamiento de la "auctoritas" del Presidente para el supuesto en que

mente peligrosa la tendencia a formular votos particulares en el curso de procesos relativos a recursos previos de inconstitucionalidad, en cuanto favorece la conversión del proceso constitucional en apéndice del debate parlamentario. Finalmente, establece una interesante clasificación según los motivos y argumentaciones jurídicas que inducen a la formulación de votos particulares, entre los que destaca por su mayor importancia e interés, los relativos a cuestiones de naturaleza procesal y los que perfilan la relación del Tribunal con los otros órganos y poderes del Estado.[32]

Al filo de esta última valoración doctrinal que se puede compartir en términos generales, cabe sin embargo albergar algunas concretas reservas. Respecto al carácter de homogeneidad, antes apuntado, no es fácil sustraerse a la impresión de que algunos magistrados tienen lo que podríamos denominar un mayor empeño doctrinal que otros. Por otro lado, en algunas decisiones de especial trascendencia (S. 111/1983 de 2 de diciembre sobre la expropiación del grupo Rumasa y S. 53/1985 de 11 de abril sobre despenalización del aborto en algunos supuestos), la lectura de los votos particulares puede producir un efecto disgregador que dificulta el entendimiento de la voluntad general del órgano, cuando no delata —lo que ya sería más grave— posibles fracturas del Tribunal en su funcionamiento colegial.

Sobre el riesgo de parlamentarización del proceso constitucional por la formulación de votos particulares en los recursos previos de inconstitucionalidad, conviene señalar que el peligro radica en la propia existencia, afortunadamente eliminada, del propio recurso previo, como procedimiento atípico y traumatizante para el proceso legislativo[33] Como la estadística de Rolla hace notar, no se trata de que esta función preventiva del Tribunal estimulase por sí misma la manifestación de opiniones discrepantes, lo cual carecería de sentido, sino que se configuraba como una vía estructuralmente más propensa a poner de relieve la valencia paralegislativa y por lo tanto política de las decisiones

hubiera de hacer uso de su 'voto de calidad' para dirimir un empate de votos", *vid.*, Cruz Villalón, *ult. op. cit.*, p. 29. Yo pienso, sin embargo, que quizás haya una cierta desarmonía en la construcción de la figura del presidente, que de un lado no posee poderes autónomos en la determinación del orden de los trabajos y en la elección del magistrado ponente. *(Cfr.*, Rolla, *op. cit.*, p. 119), y de otro, tiene la capacidad resolutoria de los empates, lo cual podría ser motivo de exacerbamiento de la responsabilidad política "difusa" del presidente.

[32] *Cfr.*, Rolla, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

[33] *Cfr.*, mi ponencia, "Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional" en las *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, p. 16.

que resolvían dichas cuestiones y también de los posibles votos anejos que pudieran acompañarlas.

IV. Breve valoración provisional

El título de este epígrafe viene obviamente justificado por cuanto la experiencia que sirve de reflexión a este análisis apenas alcanza a un sexenio de jurisprudencia constitucional, periodo fundacional que coincide aproximadamente con la presidencia del profesor García Pelayo.

La cuantificación estadística de los votos particulares atendiendo diversos criterios (por años, por los magistrados firmantes, por los distintos tipos de procesos constitucionales donde se producen, etcétera) puede ser un ejercicio interesante; pero carece de singular relevancia, si se prescinde del tipo o clase de contenido argumental que se manifiesta en las opiniones discrepantes.

Del conjunto de votos particulares expresados, merecen una valoración netamente positiva, a nuestro juicio, todos aquellos que pueden contribuir a una mejor delimitación de los diversos procesos constitucionales, y en definitiva al esclarecimiento de la propia función del Tribunal Constitucional.

En una etapa de iniciación, obviamente novedosa, en la que el órgano ensaya la correcta abertura de diafragma de su objetivo, para captar correctamente el ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, deben ser bien acogidos todos los criterios interpretativos que pueden colaborar a tal fin.

Además, ilustran a las partes que intervienen en el contencioso constitucional y doctrinalmente colaboran en el desarrollo del derecho procesal constitucional. Ejemplos de esta clase de opiniones discrepantes son el voto particular de Rubio Llorente a la S. 12/1982 de 31 de marzo, cuando argumenta que el recurso de amparo no es una vía para obtener proclamaciones generales sobre la consagración constitucional de un derecho abstracto; u otro del mismo magistrado a la S. 67/1983 de 22 de julio, cuando insiste en las consecuencias de aceptar el acertado razonamiento según el cual "no es misión de este Tribunal al resolver conflictos de competencia llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos de las normas y sobre sus presuntas consecuencias".

De este tenor es el voto de Arozamena a la S. 103/1983 de 22 de noviembre cuando piensa que la técnica de inconstitucionalidad, aun con la variante de las sentencias interpretativas, no es el instrumento

para tratar de acomodar el sistema de la seguridad social a los principios constitucionales.

Dentro de este grupo de opiniones discrepantes estarían también aquellas que discurren sobre aspectos de legitimación, delimitación de los actos jurídicos impugnados, o los que previenen sobre la extralimitación de los límites competenciales del Tribunal.

Bienvenidos deben ser también los votos que enriquecen la interpretación de preceptos constitucionales de difícil comprensión y recurrente apelación. Es elocuente en este sentido la opinión discrepante de los magistrados Begue Canton, Diez-Picazo, Tomás y Valiente, Gómez-Ferrer y Truyol Serra a la S. 75/1983 de 3 de agosto, en la medida que colaboran a precisar el alcance del artículo 14 de la Constitución (principio de igualdad) y las distintas figuras contenidas en el mismo. Por otro lado, nada tiene de extraño que conceptos de tan difícil precisión como el de representación política o el de indefensión correlativo al derecho de una tutela judicial efectiva, produzcan opiniones que disienten de la común fundamentación y consecuente sentencia.

Afortunadamente, la figura del voto particular no se ha convertido en instrumento de un exhibicionismo profesoral fuera de lugar, ni tampoco en expresión de posiciones políticas de partido o rígidamente alineadas. La patente disconformidad en algunas decisiones de especial relieve ha afectado, sin embargo, al deseable funcionamiento del principio de colegialidad del órgano; factor éste que debe ser ponderado en la medida que puede incidir en la *auctoritas* del Tribunal Constitucional. No es igual el efecto que produce el ejercicio de la independencia valorativa en sociedades ideológicamente homogéneas y con determinada cultura política, que en sociedades con acusadas fracturas ideológicas y políticas, inmersas además en notables procesos de transformación legislativa.[34]

Cabe decir —para concluir esta valoración provisional del voto particular—, que un entendimiento cabal de los mismos precisa de una lectura ajena a las ópticas de partido. La conversión de la opinión discrepante en arma arrojadiza de la lucha política, significa la desnaturalización de la misma, además de un obstáculo importante para comprender el proceso de formación de la voluntad de un órgano como el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, por lo demás, no es sino

[34] *Cfr.*, Lombardi, G., "Pubblicità e segretezza nelle deliberazioni della Corte Costituzionale", *Riv. Tr. Dir. e Pr. Civ.*, 1963, fasc. 3º, p. 1149. *Cfr.*, también la aportación de L. Elia al vol. col. citado sobre la influencia de los valores constitucionales sobre los sistemas jurídicos contemporáneos.

exponente revelador de que la relación entre el Tribunal y la opinión pública, o dicho de forma más amplia, la correcta ubicación de este órgano en el seno del sistema político, está aún lejos de haber alcanzado una óptima solución.[35]

[35] El esfuerzo que a este respecto cabe esperar del propio Tribunal Constitucional, de los medios de comunicación social y de los propios partidos políticos, debe ser, a nuestro juicio, permanente y notorio.

PERFIL DE LA SUSPENSIÓN EN AMPARO COMO PROVIDENCIA CAUTELAR

Juventino V. Castro

Sumario: I. *Introducción.* II. *Antecedentes novohispánicos.* III. *El recurso de suplicación.* IV. *Otros antecedentes novohispánicos.* V. *Doctrina mexicana sobre la suspensión.* VI. *Deslinde definitorio de la suspensión.* VII. *Autoridades obligadas por la suspensión.* VIII. *Doctrina de las providencias cautelares.* IX. *Análisis normativo de la doctrina de las providencias cautelares.* X. *Las providencias cautelares en el amparo.* XI. *La suspensión que no suspende.* XII. *Carácter específico de la suspensión en el amparo mexicano.*

I. Introducción

En puridad Héctor Fix-Zamudio es un procesalista. Su pensamiento jurídico es universal; pero su vocación el derecho procesal. Si bien desde su tesis de licenciatura ya abordó el tema de juicio de amparo, por influencia de su maestro el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, lo hizo bajo un enfoque procesalista, y precisamente en el campo del procesal constitucional.

No siempre se ha visto con buenos ojos esta vía de acceso a nuestro máximo proceso, ya que algunos lo suponen un "procesalismo" inaceptable, sin que los que estamos dentro de esa línea podamos entender qué otro tratamiento se puede dar a un juicio: fuera de polémicas respecto a si en cierto momento de los procedimientos podríamos contraponerlo a un recurso, que por cierto es la denominación más antigua del amparo, y que poco a poco se ha venido abandonando como tema destacable.

Pero si el tema del amparo en general es accedido bajo un encuadramiento procesalista —tal y como en su tiempo ya lo había llevado a cabo el ilustre ministro de la Suprema Corte de Justicia, don Teófilo Olea y Leyva—, en lo particular el tema de la suspensión, institución que se enmarca dentro del proceso de amparo, con mucha mayor razón afronta los ataques de quienes no quieren que se le engarce determinantemente con las medidas o providencias cautelares, pretendiéndose

que la suspensión en el amparo nace con éste a mediados del siglo pasado, y sólo en forma muy genérica se le puede vincular con las medidas y providencias cautelares perfectamente conocidas y manejadas en la doctrina europea.

Por todas estas razones, he deseado en forma específica —y como homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio— examinar brevemente un tema que sé le es grato a él, precisamente bajo el enmarque que pretendo darle, no sin antes aclarar lo que es obvio, es decir, que soy el único responsable de los desarrollos que pretendo dar a este breve estudio, y que de ninguna manera estoy pretendiendo que son los mismos que pudiera y quisiera darle al propio homenajeado, si se decidiera a exponer en su hondura este tema específico de la suspensión en amparo.

II. Antecedentes novohispánicos

Me encuentro convencido de que dentro del proceso de amparo la suspensión —que desde sus inicios acompañó a los procedimientos que a él se refiere— fue inspirada tanto por la vía de la tradición jurídica del derecho novohispánico, como por la científica de la mejor doctrina universal respecto a las providencias o medidas cautelares. Por ello, pretendo en una primera parte examinar lo que a mi parecer es una indudable influencia que nuestro amparo tuvo en cuenta —y asimiló al estructurar el derecho de amparo— respecto de aquella vieja fórmula de *"obedézcase y no se cumpla"*, que forzosamente tendría que continuarse mediante el *recurso de suplicación*, verdadero antecedente histórico de nuestra suspensión en el amparo.

En el desarrollo de esta posición personal, me baso fundamentalmente en un brillante artículo de Víctor Tau Anzoátegui,[1] quien nos da excelente noticia de cómo se manejó esta fórmula, y este recurso, en el derecho indiano.

Ante todo, el autor citado nos explica que la fórmula se originó en los años finales del siglo XIII, y durante los siglos XIV y XV, principalmente en Castilla, y que se refirió en aquellos inicios a las cartas libradas por el rey contra derecho, fuero, o que resultaren perjudiciales a las partes.

[1] *"La ley 'se obedece pero no se cumple' en torno a la suplicación de las leyes en el derecho indiano"*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 9, núm. 7, 1985, pp. 379-449.

En alguna parte de su estudio dice textualmente:

> El recurso de suplicación descansaba en la idea de que los mandamientos legislativos que adolecían de vicios, fuesen contrarios a Derecho, o perjudiciales a la comunidad, eran susceptibles de ser revisados a pedido de parte interesada, por el propio legislador. A mi juicio, es forzado tratar de incluir a esta especie de suplicación dentro de una clasificación sustemática de los recursos y mucho más darle ropajes procesales modernos. Era un recurso propio de un orden jurídico distinto al actual, que quedaba netamente adscrito a la esfera legislativa, sin entrar en la vía judicial, aunque su tramitación ofreciera rasgos típicos de este procedimiento.

De esta primera cita ya podemos sacar algunas reflexiones interesantes. La primera, es que en cualquier forma, más que dirigir la comparación con respecto a la suspensión, como instrumento del proceso de amparo que siglos después se crearía, casi estaríamos haciendo una analogía del recurso de suplicación con el juicio de amparo, y más específicamente con el amparo contra leyes. Obsérvese, además, que el mismo Tau Anzóategui pretende advertir, con mucha intención, que no hay que darle una vinculación en línea recta al recurso de suplicación con los modernos recursos procesales, lo que nos permitiría concluir dentro de este examen que estoy pretendiendo llevar a cabo, que estamos analizando un recurso o procedimiento de carácter político, y de ninguna manera uno de naturaleza judicial, ya que el recurso no se interponía y tramitaba dentro de un juicio, sino simplemente como una oposición velada en contra de una ley que se consideraba tenía vicios, era contraria a derecho o resultaba perjudicial a la comunidad. De ahí que me permití hacer la advertencia de que parecía más bien una institución homóloga al amparo contra leyes, pero tramitable por vía no judicial.

III. El recurso de suplicación

Es precisamente por esta reflexión que el propio autor que cito añade:

> La súplica, como recurso al legislador, y la figura del "obedecer y no cumplir", aun cuando con frecuencia marchasen juntas, no necesariamente iban unidas. De una norma se podía suplicar, no obstante que la misma se ejecutase, pero en cambio, el "obe-

> decer y no cumplir" carecía de virtualidad jurídica si a continuación de pronunciarlo, no se entablaba aquel recurso, o al menos no se daba cuenta al legislador de las razones que se habían tenido para suspender la ejecución de la ley.

Y también en este punto la cita nos produce provechosas reflexiones. En primer lugar, que era la propia autoridad a quien se le remitió un mandato la que llevaba a cabo la suspensión y la ejecución de la ley, y no una persona agraviada o lesionada en sus derechos, y que gestionara y tramitara un recurso, ya sea ante la autoridad mandada o ante la mandante, para suspender la ejecución, y abrir un campo de procedimientos —político o jurídico—, que permitiera analizar a fondo el por qué la ley resultaba atentatoria, para finalmente desembocar en una conclusión de si la ley se iba a cumplir o no, y, en este último caso, si se llegaba a la anulación.

Esa misma última cita nos permite anotar que la suspensión precedía al recurso, es decir, que primero se suspendía, después se interponía el recurso de suplicación y finalmente se resolvía lo que procediera. Pero, todo esto se encabezaba mediante una fórmula de "obedézcase, y no se cumpla", que indudablemente —y por extensión de la tradición jurídica española— en toda la época del derecho novohispánico se utilizó, entrando así a la tradición que posteriormente serviría a nuestros legisladores para resolver el problema de cómo iba a intentarse la oposición judicial a un mandato oficial, que por esencia debe respetarse, so pena de romper el principio de autoridad, o bien tomarse una determinación intermedia que no resolviera el problema de la validez o invalidez del mandato de autoridad, sino que simplemente previera una suspensión de sus efectos, mientras la determinación de fondo fuere decretada, para que ésta sí llegue a tener plena vida jurídica, sin controversias.

Tau Anzoátegui nos recuerda que el derecho indiano —especialmente hasta la Recopilación de 1680— no era un ordenamiento legislativo sistemático e integral al alcance de jueces y funcionarios, ya que a veces se manejaban normas de validez general, pero con frecuencia lo eran de alcance particular, dadas por el rey o la audiencia para resolver otros actos y que se pretendía aplicar analógicamente, concluyendo: "De ahí que una vez exhibido cierto despacho real, cabía luego de obecederlo, darle cumplimiento, o en su defecto, suplicarlo." Comentando que, de tal modo, el recurso de suplicación llegó a constituir una de las piezas necesarias del orden jurídico —y no sólo del

político-legislativo en donde nació— y alcanzó, incluso, la categoría de "derecho fundamental" de los súbditos.

Toda esta tradición, sin embargo, creaba un problema especial, porque mediante esa fórmula y ese recurso se podía provocar un enfrentamiento político, cuando las autoridades —afirmando obedecer al rey o a la Audiencia— en verdad los desobedecían cuando agregaban: *no se cumplan*; todo esto, a pesar de que debe entenderse que la frase en sí propiamente indicaba: *no se cumpla el mandato, porque voy a suplicar de él*, o sea: *creo que en el mandato está implícita una grave injusticia, que no me atrevo a ejecutar, suplicando se me escuchen mis razones para posteriormente, y después de la audiencia, se me indique si persiste el mandato o finalmente se anula.*

Al referirse a este problema de suspensión de las cartas reales el Código Alfonsí textualmente decía:

> E si son contra derechos de alguno señaladamente, así como que le tomen lo suyo sin razón, e sin derecho, o que le fagan otro tuerto conocidamente en el cuerpo, o en el aver; *tales cartas non han fuerza ninguna, nin se deben cumplir*, fasta que le fagan saber al Rey aquellos a quienes fueron enviados, que les envie decir la razón por que la manda fazer. Ca todo home debe sospechar, que pues el Rey entendiere el fecho, que les non mandara cumplir la carta.

Es natural que en tal forma —como lo dice Tau Anzoátegui—, se pretendía salvaguardar que el no cumplir el despacho real no tenía el sentido de rebeldía, ni tampoco significaba el desprecio hacia la norma, sino, por el contrario, se encuadraba dentro de una actitud de escrupuloso control de la juridicidad, tanto en lo que respecta al individuo como a la comunidad. Esto nos hace recordar las disposiciones del primer párrafo de la fracción X del artículo 107 constitucional, que admite la suspensión de los actos reclamados; pero advierte que debe tomarse en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público. O sea que nuestra disposición constitucional tome en cuenta —evidentemente por tradición largamente practicada— que suspender el acto reclamado es suspender la fuerza de la autoridad, y que por todo ello debe ser muy cuidadoso en no afectar a dicha autoridad; pero, por otra parte, que se debe impedir

que se consume el acto en forma irreparable, haciendo por lo tanto totalmente nugatoria la acción de amparo, ya que éstas solamente tendrían eficacia si el acto reclamado no tuviere ejecución material, y por tanto solamente se estuviera planteando si el acto de la autoridad es válido, ante la luz de la Constitución, y por ello solamente resultaría eficaz la acción de amparo respecto de acciones meramente declarativas, o sea aquellas que persiguen una manifestación que establezca un criterio, el cual por cierto permitirá ejercitar un derecho subjetivo determinado.

Dos últimas analogías resulta necesario recordar, para enlazar en alguna forma la tradición jurídica novohispánica con nuestra suspensión en el amparo. La primera de ellas se fundamenta en la Real Cédula de 13 de diciembre de 1508 dirigida a Diego Colón, en la que se incluye este concepto textual:

> Porque podría ser que por yo non ser bien informado, mandé despachar alguna carta para las dichas Indias; en caso que viniese perjuicio a nuestro servicio, y vos mando que veáis las tales cartas y las *obedezcáis*, y en cuanto al *cumplimiento*, nos lo hagáis luego saber, para que sobre ello os envíe a mandar lo que se haga. Pero en rescibimiento nuestro *segundo mandado, obedecedlas y cumplidlas* enteramente como os lo enviare a mandar, sin poner en ello dilatación alguna.

Es evidente que en este párrafo pareciera que distinguimos entre la suspensión provisional y la definitiva, si atendemos a una facultad que se da para no cumplimentar el mandato real, hasta que el propio rey indicara si suspendían definitivamente el mandato, o éste debería de seguir adelante. Además, nos da noticia del llamado "segundo mandado" que de hecho viene a ser la resolución de fondo del asunto en nuestro amparo —y no simplemente un procedimiento de suspensión—, y que de acuerdo con la ley y la doctrina indicaba que, una vez tramitada la suplicación, el segundo mandado debía cumplirse invariablemente, sin posibilidad de intentar nuevo recurso.

Por último, habría que hacer la observación final de que en la Recopilación General de las Leyes, Ordenanzas, Provisiones y Cédulas, existían dos leyes, la 22 y la 24, que recogían las dos fórmulas que finalmente se establecieron; éstas fueron la de "obedecer y no cumplir" y la de "obedecer y cumplir", que de hecho es el origen de la procedencia o improcedencia de nuestra suspensión en amparo —como de otros diversos recursos—, indicándose que la primera fórmula proce-

día cuando hubiera vicios de obrepción (falsa relación de un hecho) y subrepción (ocultación de un hecho), y la segunda, de mayor exigencia, que ordenaba terminantemente el cumplimiento, salvo cuando de su ejecución se siguiera "escándalo conocido o daño irrreparable".

Aunque todo este recorrido por la tradición jurídica novohispánica evidentemente tiene mayor hondura, y merece estudio y antecedentes más profundos que los que he manejado aquí, lo he utilizado simplemente para dejar perfectamente establecido que la suspensión en el amparo no nace, ni podía nacer, con ignorancia total de toda una práctica jurídica que antecedió a la Nueva España a nuestro proceso de amparo, sino, muy por el contrario, como complemento y explicación del origen de una de nuestras instituciones en esta materia.

IV. Otros antecedentes novohispánicos

Por otra parte —y ya introduciéndonos en la legislación novohispánica—, ante todo debo recordar las opiniones de Andrés Lira González,[2] quien ha venido sosteniendo la existencia de un verdadero amparo colonial, o sea aquel procedimiento que en la Colonia protegió a las personas en sus derechos, cuando ellos fueren alterados o violados por *agraviantes*, es decir, autoridades que realizaban actos injustos contra el orden jurídico existente, procedimiento mediante el cual el virrey, al tener conocimiento de la demanda de un agraviado —directamente o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México— tomaba conocimiento de las responsabilidades del agraviante, y finalmente podía dictar un mandamiento de amparo para protegerlo en la violación de sus derechos.

Andrés Lira González nos da noticia de la *suspensión de los actos reclamados*, dentro de dichos procedimientos, afirmando que a la tal suspensión se le puede encontrar en casi todos los amparos coloniales, ya que en las órdenes dadas a los alcaldes mayores, corregidores, y en general ejecutores del mandamiento de amparo, se advertía a tales autoridades que hicieran cesar los actos del agravio.

Sostiene también, dicho autor, que en general en el derecho colonial —y no solamente en este llamado amparo por él—, sino en todos los procedimientos ordinarios, se practicaba la suspensión, sobre todo en favor de las personas perjudicadas en los casos de mercedes de tierras.

[2] *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano (Antecedentes novohispanos del juicio de amparo)*, México, 1972.

Es ésta una referencia evidentemente distinta a la que hasta este momento he manejado respecto del recurso de suplicación, tomando en cuenta que este último, como ya lo he dejado comentado, se refiere a una suspensión que lleva a cabo una autoridad mandada que considera que el mandato encierra una injusticia o un error, y este nuevo al que se refiere Lira González como puede observarse se podía decretar solamente a instancia del agraviado.

Por uno u otro camino, el caso es que cuando a mediados del siglo pasado se crea el amparo en el Acta de Reformas de 1847, éste nace a la vida reglamentaria conteniendo ya la suspensión, inclusive en los primeros proyectos de ley reglamentaria, sin que podamos con seriedad afirmar que se le incorpora al recién establecido juicio o recurso constitucional en forma súbita, carente de antecedentes legislativos y prácticas generalizadas, como pretendemos haber dejado demostrado.

Lo que resulta mucho muy interesante, y es la finalidad de este pequeño estudio, es la verdadera inspiración y naturaleza de la suspensión.

V. Doctrina mexicana sobre la suspensión

Resulta útil e ilustrativo el pensamiento de nuestros más destacados juristas en relación con la suspensión, antes de continuar los exámenes de su naturaleza.

Y así, por ejemplo, Ignacio L. Vallarta [3] afirmaba que la doctrina y la jurisprudencia habían sido impotentes para sacar a la suspensión del caos en que se encontraba, adoptándose, por ejemplo, las reglas del derecho común, en lo que se refiere a la apelación, en uno o en ambos efectos, dándose así un paso a la reforma de la ley, porque se tendría de tal manera un principio fijo del cual partir para resolver que el acto se ejecute o se suspenda.

Fernando Vega [4] simplemente parte en sus exámenes de la comparación de la suspensión con el procedimiento que se sigue con el *writ of habeas corpus*, y por lo tanto no precisa una naturaleza jurídica enmarcada en la doctrina de los enjuiciamientos, y dirige toda su atención a subrayar el problema de la contraposición de los intereses individuales y sociales, que ya desde su época revestían un aspecto controversial.

[3] *Cuestiones constitucionales*, México, tomo primero, 1894, pp. 162 y ss., y *El juicio de amparo y el Writ of Habeas Corpus*, quinto tomo de las obras completas publicadas en 1975 por Libreria Porrúa, pp. 169 y ss.

[4] *La nueva Ley de Amparo de Garantías Individuales. Ensayo crítico filosófico de la ley*, México, 1883, pp. 63 y ss.

Silvestre Moreno Cora[5] consideró que la suspensión tendía a lo mismo que, en materia del orden civil, persiguen las providencias provisionales o precautorias, las fianzas de estar a derecho y otros medios similares con cuyo auxilio se logra que una vez resuelta la cuestión en el fallo definitivo los derechos de los litigantes no queden burlados. Se lamentaba que en el Código de Procedimientos Federales de 1897 no se estableciera una reglamentación clara y precisa respecto a la materia de suspensión, la cual en su concepto tenía una forma vaga.

Eduardo Pallares, en una opinión que se incorporó a la edición en 1921 de la Ley de Amparo de 1919, y que publicara Herrero Hermanos Sucesores, consideraba que la suspensión del acto reclamado era una creación del derecho mexicano y que no tenía nada de correlativo en el derecho inglés y en el norteamericano. Posteriormente,[6] afirmó que la suspensión del acto reclamado era una providencia cautelar que en el juicio de amparo equivale a las medidas cautelares y, entre éstas, a las providencias precautorias que se llevan a cabo en los juicios del orden común. Respecto de su naturaleza jurídica hay que distinguir entre la suspensión misma, que en su concepto es una medida cautelar, y la resolución judicial que la ordena. La naturaleza cambia según se decrete de oficio (en cuyo caso constituye un auto y tiene el mismo carácter de la suspensión provisional), o bien lo sea a petición de parte, en el incidente de suspensión, constituyendo una sentencia interlocutoria, precisamente porque resuelve un incidente, no alcanzando sin embargo la autoridad de la cosa juzgada, ni material ni formal, porque sea que la resolución decrete o niegue la suspensión, la misma puede ser modificada por causas supervenientes, en cualquier estado. En su concepto, la suspensión de oficio es contraria al principio enunciado por la fracción II del artículo 107 constitucional, según la cual el juicio de amparo se inicia y prosigue a petición de parte; pero la encuentra justificada sobre todo en casos graves, para evitar la consumación de los daños, o, por lo menos, que se sigan causando daños y perjuicios trascendentales al quejoso.

Para Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga,[7] la suspensión del acto reclamado es una medida precautoria característica del juicio de amparo; pero en sus estudios, al referirse a las garantías preventivas de la ejecución de las sentencias de amparo, utilizan por igual los términos medidas cautelares y providencias precautorias.

[5] *Tratado de juicio de amparo*, México, 1902, pp. 561 y ss.
[6] *Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo*, México, 1967, p. 230.
[7] *Instituciones de derecho procesal civil*, México, 1946, pp. 518 y 519.

Es bien sabida y comentada la posición de Ricardo Couto,[8] según la cual la suspensión es un verdadero *amparo provisional*, que por supuesto no opera sobre el acto reclamado sino sobre su ejecución y sus consecuencias, razón por la cual, cuando dicho acto reclamado no es susceptible de ejecución por impugnarse actos simplemente declarativos, la suspensión es improcedente por falta de materia sobre la cual debe recaer el mandato suspensional. También por ello la suspensión produce efectos más restringidos que los del amparo.

Por su parte, Ignacio Soto Gordoa y Gilberto Liévana Palma[9] consideran a la suspensión como una medida precautoria, a la cual en ocasiones la mencionan como medida cautelar, creada con el objeto de obtener una protección jurídica contra un daño o perjuicio inminente.

Precisamente en este nivel es donde Héctor Fix-Zamudio[10] produce nuevas reflexiones respecto a la naturaleza jurídica de la suspensión, afirmando que existe una urgencia de criterio definido a ese respecto, pues esa falla ha provocado abusos por parte de algunos justiciables y juzgadores, quienes han desvirtuado en la práctica los nobles fines de la institución ante la ausencia de una verdadera sistematización procesal del amparo.

Considera indudable que la suspensión de los actos reclamados constituye una providencia cautelar, por cuanto significa una apreciación preliminar de la existencia de un derecho, con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva, y por este motivo, no sólo tiene una eficacia puramente conservativa de la materia del juicio de amparo, sino que también puede asumir el carácter de una providencia constitutiva —o parcial y provisionalmente restitutoria— cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio, o bien para impedir perjuicios irreparables a los interesados.

En el desarrollo de su posición, Fix-Zamudio insiste en una diferencia substancial entre la suspensión que se otorga en amparo indirecto y la que se produce dentro del amparo directo. En el indirecto sostiene que la suspensión asume el carácter de un verdadero incidente, en cierto modo autónomo —aunque no independiente—, del juicio principal. En cambio, en los amparos directos no tiene una tramitación incidental autónoma del juicio en el cual se dictó el fallo que se impugna, sino en realidad forma parte del procedimiento de ejecución de la sentencia reclamada, por lo cual debe considerarse no una cues-

[8] *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, México, 1973, pp. 41 y ss.

[9] *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, 1959.

[10] *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 275-285 y 397-400.

tión incidental del conocimiento de los jueces de amparo, sino de las propias autoridades judiciales que dictaron la sentencia combatida o de las encargadas de ejecutarlas.

Destaquemos la insistencia de Fix-Zamudio de que el incidente cautelar no sólo puede tener efectos conservativos, sino que en ocasiones destacadas resulta preciso anticipar provisionalmente algunos de los beneficios de la protección, o bien permitir la ejecución parcial de los actos reclamados, cuando así lo exija el interés de los terceros o el orden público, procurando de cualquier manera que se conserve la materia de amparo hasta la terminación del juicio.

El más destacado contradictor de la anterior posición de Héctor Fix-Zamudio, lo es Ignacio Burgoa Orihuela.[11] Si bien es verdad que no desecha totalmente el que a la suspensión se le pueda adscribir el carácter de providencia o medida cautelar, ya que mediante ella se conserva la materia del amparo mientras se resuelve ejecutoriamente el juicio de garantías, considera que estimar así a la suspensión, con las modalidades que a la medida o providencia cautelar le atribuye la doctrina del derecho procesal, se antoja un despropósito que atenta contra su naturaleza jurídica. Sostiene que si la suspensión anticipara algunos efectos de la protección definitiva, ello equivaldría a una consideración anticipada de la inconstitucionalidad. Además, afirma que la suspensión no es una providencia constitutiva, sino mantenedora o conservativa de una situación ya existente, evitando que se altere con la ejecución de los actos reclamados, o por sus efectos y consecuencias.

VI. Deslinde definitorio de la suspensión

Con los anteriores elementos y diversas posiciones de los autores mexicanos respecto a la suspensión, en forma definitiva declaro mi propia posición considerando que la suspensión es una providencia cautelar, e intento, en forma provisional, definirla de la siguiente manera:

La suspensión del acto reclamado en el derecho de amparo es una providencia cautelar cuyo contenido consiste en una determinación jurisdiccional que ordena a las autoridades responsables mantengan provisoriamente las cosas en el estado que guarden al dictarse la providencia, hasta que se resuelva en definitiva la controversia constitucional; pero que, bajo la responsabilidad de la ordenadora, permite la toma de otras medidas de cautela que otorguen provisionalmente —pero en forma autónoma a un juicio aún no iniciado— el respeto inmediato

[11] *El juicio de amparo*, México, 1975, pp. 587 y ss.

a las garantías constitucionales que se dicen violadas, o el disfrute de los beneficios que en forma definitiva y permanente sólo puede otorgar la sentencia del juicio en potencia; eviten el peligro de la consumación irreparable del acto reclamado debido a la demora en el acceso a la resolución final que debe decretarse en el proceso; o aseguren la viabilidad de la acción restitutoria o reparatoria para el caso de que se otorgare la protección constitucional, permitiéndose la eventual y condicionada ejecución del acto reclamado.

Lo primero que debe llamar la atención en el anterior intento de definición es hacer cesar la indeterminación que los autores muestran para precisar si debemos hablar de *providencias*, o bien de *medidas* cautelares. Es manifiesto que las usan como equivalentes e intercambiables, pero sin esfuerzo sostenido para optar por uno u otro término.

Couture,[12] quien afirma que las medidas cautelares son las dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo, nos recuerda que *medida* proviene del bajo latín *metita*, de igual significado, postverbal del verbo latino *metior, -iri*, "medir", cuyo participio pretérito en el latín clásico era *mensus;* mientras que en baja época se adoptó la forma analógica *metitus*, de donde el castellano *medido* y *medida*

En cambio, la *providencia*, por supuesto referida a la *judicial*,[13] es un cultismo jurídico tardío, formado sobre el latín eclesiástico *providentia, -iae* (que se refería solamente a la Providencia Divina), para servir de sustantivo al verbo proveer en su acepción jurídica. En el latín clásico, *providentia* significa "sagacidad, capacidad para prever", es un derivado del verbo *provideo -ere*, "prever", compuesto de *pro-*, "por adelantado", y *video, -ere*, "ver".

De lo anterior, tendríamos que llegar a la conclusión de que, porque se prevé por adelantado una situación que no debe aceptarse pasivamente —por sus consecuencias lesionantes para un posible justificable—, debe dictarse una medida adecuada a dicha previsión. La providencia se traduce en una medida cautelar.

Cautelar, según el mismo autor que venimos citando, es derivado culto y moderno de *cautela*, y éste del latín popular (arcaico y de baja

[12] Couture, Eduardo J., *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1976, p. 405.
[13] *Idem*, p. 489.

época) *cautela, -ae,* derivado de *cautus, -a, -um,* "cauto", participio pretérito de *caveo, -ere,* "prevenir(se)", "tener cuidado".

No concibo que pueda afirmarse que la suspensión del acto reclamado en el proceso de amparo no tiene nada que ver con las medidas cautelares, pretendiéndose que no existe relación entre aquélla y éstas, y que debe anunciarse la originalidad pionera de nuestra institución por encima de numerosos antecedentes, institutos y normas positivas universales que nos demuestran lo contrario.

Cosa bien distinta es analizar y poner de manifiesto peculiaridades y regulaciones específicas de la suspensión en el amparo, que precisan el diseño teórico y práctico de nuestra providencia. Inclusive, en nuestra propia legislación pueden encontrarse claras vinculaciones. Actualmente, el capítulo único, título cuarto, del Código Federal de Procedimientos Civiles —ley supletoria del amparo—, menciona las medidas preparatorias, de aseguramiento y las precautorias, y en su artículo 384 dispone: "Antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho existente."

Pallares [14] menciona que los tratadistas modernos entienden por medidas cautelares las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo. Después de enumerar algunos de los principios a que están sujetas, precisa que en nuestra legislación algunas de las existentes son: embargos precautorios; arraigo; depósito de personas; interdictos, tanto respecto de bienes inmuebles como de personas (en este último caso cuando se trata de las acciones del estado civil); las medidas provisionales que se dictan en los juicios sucesorios para impedir que se oculten o dilapiden los bienes dejados por el difunto; medidas ordenadas por el Código de Procedimientos Civiles en los casos de concurso, y las correspondientes en el juicio de quiebra; las que se previenen en los juicios de divorcio necesario; las relativas a los casos de ausentes o ignorados, así como las de guarda de menores y expósitos, y otras similares.

Por otra parte, he subrayado en la definición que se trata, en la suspensión, de una medida cuyo contenido es una determinación jurisdiccional. En efecto, Chiovenda [15] sostiene que estas medidas *provi-*

[14] Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil,* México, Ed. Porrúa, 1966, p. 525.

[15] Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil,* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, pp. 297 y 298.

sionales de cautela se distinguen por la naturaleza y las condiciones de aquellas —también provisionales— que les son permitidas dictar al juez, vista la especial certidumbre del derecho o su naturaleza especial; pero enfatiza que no pertenecen a esta categoría todos aquellos modos de garantizar el derecho en que no interviene el juez con una resolución, y que consisten en acuerdos de los particulares, como son las hipotecas y las prendas, y además todos aquellos procedimientos de cautela en que sí interviene el juez, pero que estando concedidos únicamente en el supuesto de la *efectiva* existencia del derecho, son en realidad accesorios al derecho mismo, como podrían ser las obligaciones de prestar fianza, o el embargo de muebles en un arrendamiento.

VII. Autoridades obligadas por la suspensión

En el caso del amparo, la medida cautelar suspensional puede ser dictada por las autoridades responsables, en casos de amparo directo; por los jueces de distrito, en los indirectos, o por autoridades ordinarias, en auxilio de los últimos jueces citados, en los casos previstos específicamente en la Ley de Amparo (artículos 38, 39, 40, 144 y 220), determinaciones todas ellas que son de naturaleza jurisdiccional.

Se expresa en la definición que el mandato que es el contenido de la medida suspensional, se dirige a las autoridades señaladas como responsables por el quejoso. Es cuestión bien examinada y evidenciada que, mientras las ejecutorias de amparo —que resuelven definitivamente la controversia constitucional planteada por el quejoso— deben ser inmediatamente cumplidas por toda autoridad que tenga conocimiento de ellas aunque no haya figurado con el carácter de responsable en el juicio de garantías, si es que tuvieren que intervenir en la ejecución del fallo,[16] en cambio en el cumplimiento de los mandatos suspensionales debe estudiarse si solamente deben ser cumplimentados por las ya precisadas autoridades que señaló el quejoso en su petición de suspensión (artículo 123, último párrafo; 124, *in fine;* primer párrafo del 130; 136, y muy especialmente el 137 que instituye una especie de *habeas corpus,* al ordenarse comparecencia de aquel de quien exista el temor se le prive de su libertad, para cumplimentarse las órdenes dictadas por el juez de distrito en materia de suspensión), o si también deben cumplimentarse por todas las autoridades, inclusive por las no señaladas en la demanda del quejoso.

[16] Jurisprudencia 1917-1985, octava parte, p. 209.

Infortunadamente, no existe jurisprudencia firme a este último respecto. Sin embargo, parece haber entendimiento de que, en efecto, a las órdenes de suspensión se deben someter todas las autoridades —aun las no precisadas en la demanda—, porque, de otra manera, serían medidas cautelares de muy dudosa utilidad, puesto que permitirían la consumación de un acto violatorio de garantías por parte de una autoridad que por omisión o por ignorancia no se señaló en la demanda inicial.

A pesar de ello, los quejosos tienen buen cuidado en señalar en sus demandas a todas las posibles autoridades que podrían ordenar o ejecutar un acto lesivo a sus intereses, adelantándose así a la posibilidad de que las autoridades no precisadas pudieren afectarlos por no estar obligadas —supuestamente— al cumplimiento del auto suspensional.

VIII. Doctrina de las providencias cautelares

En otro orden de ideas, pretendo ahora incorporar, provechosamente, la mejor doctrina y experiencias de la teoría de las providencias cautelares a nuestra suspensión en amparo. Es un ejercicio ubicatorio que, fuera de complicaciones expositivas, permita situarnos útilmente en el procedimiento constitucional para la defensa de los derechos fundamentales. Parto, a este respecto, de los planteamientos de Manuel de la Plaza,[17] quien se refiere a la clasificación de las acciones en base a la sustantividad que las agrupa, según la índole del pronunciamiento judicial que, mediante su ejercicio, se persigue, y que en su concepto es el único que responde a un criterio científico. Bajo este mirador, este autor nos habla de las *acciones de conocimiento, acciones de aseguramiento y acciones de ejecución.*

Las primeras, en su concepto, tratan de alcanzar cuál es la voluntad de la ley (acciones de mera declaración, acciones constitutivas y acciones de condena). Las acciones de aseguramiento —que Chiovenda denomina de conservación— se encaminan exclusivamente a asegurar las consecuencias de una declaración ulterior. Y las acciones de ejecución persiguen el cumplimiento de un acto preconstituido, sea o no con carácter definitivo. Inútil intentar, concluye, el precisar prácticamente las líneas diferenciales que separan a alguna de ellas, así como los problemas competenciales en los sistemas legislativos que están inspirados, fundamentalmente, en el carácter real o personal, principal o accesorio, de la acción ejercitada.

[17] *Derecho procesal civil español*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1942.

En las acciones preventivas o de mero aseguramiento, se comprenden todas aquellas que persiguen una finalidad meramente cautelar, sin trascendencia sobre la declaración de la voluntad de la ley, que es función que se realiza a través de las acciones de conocimiento, y ejemplificativamente podríamos señalar entre ellas el embargo, el aseguramiento de bienes, los interdictos de obra nueva o peligrosa, y por supuesto las providencias precautorias y las medidas preparatorias y de aseguramiento.

Respecto a este planteamiento —que parte del examen que se hace del procedimiento cautelar contemplado desde las diferentes acciones intentables, y de sus respectivos pronunciamientos judiciales, anteriormente resumido—, Piero Calamandrei[18] explica que la doctrina ha tratado de estudiar las providencias del juez formando una categoría sistemática, bien bajo el perfil de la acción *(acción asegurativa* o *cautelar)* que se dirige a la emanación de una de estas providencias; bien bajo el perfil del proceso *(proceso cautelar)*, a través del cual se construye una de estas providencias; o bien, finalmente, bajo el perfil de la providencia en sí misma *(providencia cautelar)*, que se distingue por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales. Calamandrei prefiere estudiar el tema bajo el tercer punto de vista, ya que los dos primeros se resuelven en realidad en una clasificación de los varios tipos de providencias, respecto de cuyas medidas las distintas clases de acción o de proceso no son más que un accesorio y una premisa.

Me convence —por su mismo peso— la ubicación del ilustre maestro italiano, pero, además, porque tiene en cuenta una característica de nuestra suspensión, que me importa subrayar y enfatizar desde este momento. Con frecuencia —en nuestra doctrina, terminología y jurisprudencia— se denomina a la suspensión como una determinación —y hasta como una interlocutoria— de carácter incidental. Se da por hecho, por lo tanto, que la suspensión es un procedimiento incidental, que ocurre, por lo tanto, en todos los casos, dentro de uno principal que es precisamente el juicio o proceso de amparo propiamente dicho.

Ello no es verdad en todos los casos. Selecciono entre otros muchos el caso en que por una persona que está privada de su libertad —sujeta a una averiguación penal por presumírsele una responsabilidad en un hecho ilítico—, o que está desaparecida, suponiéndola en ese caso inconstitucionalmente detenida, un tercero interpone ante juez de dis-

[18] *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina, 1945.

trito una demanda de amparo, poniendo de manifiesto el demandante su temor de que se atente contra su vida, se le deporte o destierre, o se le sujete a tormento en los términos previstos en el artículo 22 constitucional.

El juez, en los términos del artículo 123 de la Ley de Amparo, decretará la suspensión de oficio —y por lo tanto de plano, sin substanciación—, ordenará la búsqueda del supuesto agraviado, con el objeto de que se le invite a ratificar la demanda interpuesta en su nombre y beneficio, lo cual permitirá —en su caso— admitir la demanda, iniciar el juicio y llegar a las conclusiones pertinentes dentro de él.

Si dicha persona no ratifica la demanda, o no es habida después de trascurrido el largo plazo que dispone la ley, la providencia cautelar dictada por el juez se deja sin efectos, y se archiva el asunto por considerársele y concluido.

Por otra parte, algunos jueces pretenden que la suspensión —prevista en el artículo 123, que no le señala efectos concretos de ella— debe otorgarse mezclándola con las previsiones del tercer párrafo de la fracción XVIII del artículo 107 constitucional, y, para el efecto, de que se haga saber a la autoridad responsable —y en el caso de que se interponga la queja contra la ilegal detención de un individuo que dentro de las subsecuentes veinticuatro horas de notificársele el otorgamiento de la suspensión de oficio, lo ponga en absoluta y total libertad (no prevén ningún efecto condicionante), o lo consignen ante su juez para ser procesado. Efectuado este mandato, el posible juicio queda sin materia (ya sea que la responsable libere o consigne a juez), obteniéndose así, bajo un procedimiento totalmente heterodoxo, las mismas finalidades de un *writ of habeas corpus* anglosajón, y confundiéndose medidas suspensionales con juicio sumarísimo de amparo contra toda técnica o lógica.

En todos estos casos debe uno plantearse esta pregunta: ¿Si la suspensión no se derivó de un juicio aun no iniciado, y que frecuentemente jamás se incoa, cómo puede ser el incidente de un principal inexistente, y a veces no nato?

Inclusive habrá que observar cómo se instrumenta en la práctica todo este extraño comportamiento del órgano jurisdiccional que se produce dentro de un especial procedimiento. Desde luego, el expediente que se forma en el caso de demanda interpuesta por tercero, no lleva la indicación de ser un juicio de amparo, individualizado con un número progresivo. Con frecuencia, los promoventes de las diligencias —y providencias consecuentes— las encabezan bajo el rubro de: "In-

comunicados, núm...", probablemente porque subrayan el temor de que los agraviados estén inconstitucionalmente privados de su libertad y sin posibilidades de comunicación, para fines de su debida defensa. Pero, en tal forma, distinguen con toda propiedad el juicio de amparo de unas providencias cautelares que no forman parte de él, porque aún no se inicia.

A su vez, los jueces de distrito toman decisiones muy particulares. Los abogados o defensores de los supuestos agraviados, suelen solicitar —respecto al fondo— la anulación de los actos inconstitucionales de las autoridades; pero además, el otorgamiento de la suspensión provisional y, en su oportunidad, la definitiva. Los jueces, visto el planteamiento del demandante —tercero gestionante—, otorgan la tantas veces mencionada suspensión de oficio y, en cuanto al pedimento de la provisional, agregan en su auto inicial:

> No ha lugar a formar incidente de suspensión, en virtud de la anterior disposición en que se decreta de plano y en razón de que la presente suspensión habrá de comunicarse de inmediato a las autoridades... (y se requiera al quejoso) que ratifique la demanda de garantías presentada a su favor, o lo haga por escrito en el término de tres días, apercibido que de no hacerlo se tendrá por no interpuesta la misma, con fundamento en los artículos 17 y 146 de la Ley de Amparo.

No puede caber la menor duda, frente a los anteriores exámenes y prácticas de nuestros procesos de amparo, que las providencias cautelares en materia de suspensión, en ocasiones —la mayoría— se decretan dentro de un incidente de suspensión que forma parte del juicio principal; pero que con la misma legitimidad —y fundamentalmente en algunos casos de suspensión de oficio—, las providencias se originan en un procedimiento jurisdiccional que arriba a su existencia en virtud de la interposición de una verdadera acción cautelar o de aseguramiento, totalmente autónoma de la acción de amparo, aunque prevé el apoyo de providencias cautelares para la viabilidad de ejecución de una sentencia de amparo que se ubica en el futuro.

Pero habrá que tener en cuenta en esta temática la posición de Héctor Fix-Zamudio,[19] cuando nos hace observar que, en su concepto, la suspensión en el amparo directo —tanto la de oficio en materia penal, como la que sólo puede decretarse a petición de parte agraviada—

[19] *El juicio de amparo*, pp. 278 y ss.

viene a constituir en puridad un trámite en el procedimiento de ejecución de la sentencia de segunda instancia, con lo cual haríamos un nuevo desplazamiento conceptual respecto a la suspensión como providencia cautelar, ya no dentro de un incidente de un juicio principal, ni como acción autónoma que pretende dar viabilidad a la ejecución de un procedimiento de ejecución de una sentencia; pero que se encuentra en examen en su constitucionalidad para resolver sobre su prevalencia y para evitar se consuma irreparablemente lo ordenado en la resolución impugnada, y que por ello requiere de una providencia suspensional.

En todos estos exámenes sobre la naturaleza de los procedimientos suspensionales, hay una observación interesante, quizás más perteneciente a la *patología de la suspensión,* que a la conceptuación de su naturaleza jurídica, y que se refiere a las disposiciones del artículo 233 de la ley en materia de amparo agrario, que ordena la suspensión de oficio cuando los actos reclamados tengan o puedan tener por consecuencia la privación total o parcial, temporal o definitiva, de los bienes agrarios del núcleo de población quejoso, o su substracción del régimen jurídico ejidal.

Con base en esta disposición, llega a ocurrir que una sentencia de amparo puede disponer que se dicte una orden para que operen resoluciones dotatorias o restitutorias de ejidos o aguas. Al empezar a ejecutar tales sentencias, puede ocurrir que interpongan distintas demandas de amparo —notoriamente improcedentes— diversos ejidos o núcleos de población supuestamente afectados en sus derechos, y exijan se decrete la suspensión de oficio de las determinaciones en proceso dentro del cumplimiento de las ejecutorias. Es así como se ha llegado a contemplar —insólitamente—, que una suspensión paralice el cumplimiento de una ejecutoria de amparo, lo cual da la razón a quien califica al procedimiento de patológico, y que resulta así tema importante en la naturaleza y efectos de estas particulares providencias evidentemente de existencia totalmente circunstancial.

IX. Análisis normativo de la doctrina de las providencias cautelares

En cuanto a las características —y la clasificación— de la suspensión en el amparo, nos son sumamente útiles los conceptos de Calamandrei,[20] quien empieza por examinar el carácter distintivo de las

[20] *Op. cit.*, pp. 36 y ss.

providencias cautelares de todas las otras providencias jurisdiccionales, concluyendo que es su *provisoriedad*, que no se refiere a la cualidad de sus efectos, sino a la *limitación de la duración* de tales efectos (declarativos o ejecutivos) propios de esas providencias.

Añade que *provisorio* es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el *tiempo intermedio*. El maestro italiano sostiene que, en este sentido, *provisorio* equivale a *interino*.

Cita a Rigutini, quien indica la diferencia entre los dos conceptos: *temporal* significa que es por tiempo "no perpetuo", mientras que provisorio se refiere a una cosa hecha en forma de provisión y por tiempo, *hasta que pueda hacerse otra estable y duradera*. Ello significa que los efectos jurídicos de las providencias cautelares no sólo tienen *duración temporal*, sino que la tienen limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra distinta providencia jurisdiccional. Bajo este examen, la provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente y los de la providencia subsiguiente que se denomina *definitiva*,[21] el inicio de cuyos efectos señalaría la cesación de la primera.

Para comprender en toda su extensión estas diferencias de las providencias que analiza Calamandrei, y resolver qué tanto coincide esta excelente doctrina de las cautelares con nuestra suspensión en amparo, o en qué se diferencian, continuamos las reflexiones del autor, quien sostiene que se debe comprender la diferencia elevándose al concepto de lo que constituye el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares: este interés surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, o sea el llamado *periculum in mora*.

Se integra toda esta institución jurídica bajo el siguiente condicionamiento que permitirá acceder a la acepción más profunda de la providencia cautelar, distinguiéndola así de cualquier otra providencia provisional o definitiva; sea que tenga existencia por sí misma o en vía incidental, el interés específico reclamable mediante este tipo de

[21] Es importante hacer resaltar que Calamandrei utiliza el término *providencia definitiva*, que en ocasiones menciona también como *providencia principal*, como forma de distinguir entre la providencia o mandato propiamente dichos, dentro del principal o que antecede a éste, y la sentencia definitiva o final en el proceso ordinario.

providencias debe requerir: *a)* una tutela *preventiva* (evitar daño aun no realizado); *b)* un carácter de *urgencia* (previsión de que un daño temido se transforme en daño efectivo), y *c)* evitar un *periculum in mora* (necesidad de obviar oportunamente el peligro de un daño que amenaza al derecho, no obtenible mediante una tutela demasiado lenta).

Por ello, el *periculum in mora* no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino, específicamente, el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. En la imposibilidad práctica de acelerar la emanación de la providencia definitiva, se trata de hacer preventivamente inocuo el peligro con una medida cautelar que *anticipe provisoriamente* los efectos de la providencia definitiva. También, cuando la lesión del derecho ha tenido ya lugar, y la providencia definitiva no puede ofrecer otra finalidad que la reintegrativa, la providencia cautelar podría en cualquier forma realizar una finalidad preventiva frente a la agravación del daño por la inevitable prolongación del proceso ordinario.

La funcionalidad de estas providencias nace de esta relación: que se dicten sin retardo y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear rápidamente una providencia definitiva. La clave más importante de ellas, y que es la que se debe ponderar con gran cuidado, es la de hacer las cosas pronto pero mal, o hacerlas bien pero tarde. Sin embargo, al propio tiempo, la gran ventaja de permitir al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia tenga la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría la definitiva si se hubiese dictado inmediatamente.

X. Las providencias cautelares en el amparo

Vale la pena el resumen que he hecho de los interesantísimos conceptos de Calamandrei respecto a las providencias cautelares, para comentarlos a la luz de la estructuración que nuestra Ley de Amparo da a la suspensión.

Ante todo, habrá que referirse a la *provisoriedad* que caracteriza a dichas providencias, y que en la doctrina mexicana se refiere como la *provisionalidad* de las medidas suspensionales. Estrictamente deberíamos estar de acuerdo con la terminología referida por el maestro, que incluye no sólo una temporalidad, sino al hecho de que está contenida

la decisión en una provisión, o sea en un auto concreto que ordena ciertos efectos jurídicos para la ejecución o no ejecución de un mandato de autoridad. Con Couture, además, recordemos que el concepto mismo de providencia implica un "proveer".

Hay, sin embargo, que hacer una importante aclaración respecto a esta característica de la suspensión, ante una peculiaridad de nuestro instituto, que para ciertos casos especiales —no incluidos dentro de la suspensión de oficio— prevé dos tipos de suspensión que escalonadamente se establecen en la ley bajo el nombre de *suspensión provisional* y *suspensión definitiva*. Ante todo, y para evitar un mal entendido que complicaría esta exposición, he tenido un buen cuidado de hacer en nota marginal la aclaración de que para nosotros la providencia cautelar y la providencia definitiva —que Calamandrei menciona también como *providencia-antecedente* y *providencia-subsiguiente*— debe entenderse en nuestro juicio de amparo como mención de la suspensión en relación con la sentencia. En otras palabras, la suspensión decreta ciertas medidas o providencias que tendrán temporalidad hasta que la sentencia resuelva en definitiva si subsisten o definitivamente se levantan, porque en el fondo del asunto ya se tomó una determinación de amparar o negar el amparo.

No obstante, llama la atención nuestra clasificación, que distingue entre suspensión de oficio, suspensión provisional y suspensión definitiva, porque tomamos un camino peculiar no sólo sobre la tutela preventiva y el carácter de urgencia de la medida solicitada, sino respecto del *periculum in mora* al que la doctrina europea centra como esencia de las providencias cautelares.

En efecto, la fracción II del artículo 123 de la Ley de Amparo, anuncia la hipótesis general que obliga a decretar de plano una suspensión de oficio por el juez, desde el momento de la presentación de la demanda, y precisa: "Cuando se trate de algún otro acto, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada."

Como se ve, la suspensión de oficio se basa en un daño o lesión no sólo probable o posible, sino fatal. Esto explica por qué la suspensión de oficio se decreta de plano, y no admite substanciación, ya que en la convicción del juez debe estar esa fatalidad, y no es materia de cuestionamientos entre las partes, sino en una urgencia sumamente especial.

No es esa la filosofía del artículo 171 —que se refiere a la suspensión del acto reclamado en amparo penal directo, por parte de la propia

autoridad señalada como responsable—, porque aquí no aparece la fatalidad que pudiere producir la sentencia de segundo grado, sino simplemente la conveniencia de que no continúe el procedimiento ejecutorio que debe deducirse de la sentencia de segunda instancia —o en su caso de única instancia—, precisamente por la característica ya observada por Fix-Zamudio, de que la suspensión en amparo directo tiene una naturaleza totalmente distinta a la que se decreta —no por el juez de amparo, sino por la autoridad responsable— dentro del amparo directo.

En lo que toca a la hipótesis de la suspensión provisional, ya en otra ocasión [22] he manifestado que se traduce en una "provisionalidad dentro de otra provisionalidad".

Si toda suspensión es provisional, en el sentido de que funciona temporalmente hasta que se resuelva definitivamente el amparo en el fondo, tomando entonces la sentencia a su cargo el decretar medidas definitivas, la suspensión provisional viene a ser otra medida de la temporalidad, que el artículo 130 de la ley menciona en la siguiente forma:

> En los casos en que proceda la suspensión conforme al artículo 124 de esta ley (suspensión no de oficio, sino a petición de parte agraviada), si hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso, el juez de Distrito, con la sola presentación de la demanda de amparo, podrá ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad responsable la solución que se dicte sobre la suspensión definitiva...

Es este un manejo muy especial de la providencia cautelar, que nos obligaría a un intento de diferenciar entre *urgencia* y *emergencia*, dando a las palabras un sentido evidentemente intencionado, como si se pretendiera que realmente hay una diferencia entre ambas palabras o conceptos. Así tendríamos que intentar demostrar que no sólo hay casos de *urgencia*, como previsión de que un daño posible pueda en cualquier momento transformarse en un daño efectivo, sino también de *emergencia*, como una posibilidad que se teme llegue más rápida, más cercana, más *inminente*, como lo dice el propio artículo 130 en la parte anteriormente transcrita.

En realidad, y si hubiere posibilidad de uso de esta terminología —que siempre resultará artificial—, habrá que recordar que la urgencia

[22] *Garantías y amparo*, 5ª ed., p. 492.

es una necesidad o falta apremiante de lo que es menester para algún negocio, y la emergencia —que es un accidente que sobreviene— tendría que ser referida al daño emergente que se traduce en un detrimento o destrucción de bienes, la cual en mayor extensión tendría que referirse a libertades amenazadas o restringidas.

Tanto más llamativo resulta este subjetivismo, que la ley maneja como si fueren normas claras y manifiestas, cuando que la fracción IV del artículo 201 de la ley precisa responsabilidades penales al juez de distrito o autoridad que conozca del juicio: "Cuando fuera de los casos permitidos por esta ley decrete la suspensión del acto reclamado, aunque sea con el carácter provisional, y por virtud de ellas (*sic*) se produzca un daño o se conceda una ventaja indebidos."

Finalmente, el artículo 131 de la ley ya se refiere a la concesión de la suspensión definitiva —que sustituye a la provisional, cuando ésta se hubiere decretado; o que la otorga sin antecedente alguno—, y que es la que verdaderamente podríamos considerar como una providencia cautelar, si bien en algunos casos es precedida por otra provisional, que la legislación mexicana consideró necesaria como acto de mayor fluidez o rapidez, pensando probablemente en el recargo de labores que impide la inmediata celebración y substanciación del incidente suspensional en que pueda decretarse la medida cautelar correspondiente, obligando a superar la inconveniencia con una *medida suspensional intermedia*.

XI. La suspensión que no suspende

Cambiando el tono de las anteriores observaciones, resulta importante subrayar que no es posible contemplar nuestra suspensión en amparo como una especie de congelamiento súbito e indiscriminante del acto de autoridad, y que en muchas ocasiones resultaría inconsulto o contrario a nuestras realidades. Basta examinar las hipótesis del artículo 136 de la ley, que se refiere al llamado "amparo de la libertad", y en el cual muchos creen ver —en unión del subsiguiente artículo 137— una especie de *habeas corpus mexicano*, para poner de manifiesto que no es así como podríamos referirnos a la suspensión en todos los casos: como un acto de inmovilización en el espacio, ya que prevé la posibilidad de poner en libertad a un detenido, lo cual es contradictorio con un mero acto de suspensión o inmovilización; pero sí es lógico contemplarlo como un mandato de cautela, de protección a la materia del juicio que se inicia, o que está por obtener una provi-

dencia definitiva, una determinación final, desde el punto de vista constitucional.

También bajo diverso punto de vista, podríamos establecer una diferencia entre la providencia cautelar y nuestra suspensión en amparo. Si nada más contempláramos negocios judiciales, o sea actos de autoridades jurisdiccionales, la compenetración de la providencia cautelar con la suspensión de amparo sería la posibilidad de llegar a una identidad absoluta. Pero esto no es así, ya que la suspensión puede decretarse contemplando también actos legislativos o actos administrativos, que no forman parte de un proceso judicial, y que sin embargo son mellados en su ejecutoriedad mediante la suspensión.

Desde este último punto de vista, más reconocemos en la suspensión el "*obedézcase y no se cumpla*", y el recurso suplicación de la legislación española y la novohispánica, que las providencias que hemos venido examinando.

Finalmente, y para aquellos que hemos insistido en la necesidad de establecer un *habeas corpus* dentro de nuestros procedimientos constitucionales, en defensa de nuestras libertades constitucionalmente reconocidas, y que pretendemos rescatar para el amparo la introducción de una especie de *habeas corpus*, pero dentro de los procedimientos suspensionales, de cualquier manera habría que recordar el pensamiento de Calamandrei,[23] quien afirma que en un ordenamiento procesal puramente ideal, en el que la providencia definitiva pudiese ser siempre *instantánea*, de modo que en el mismo momento en que el titular del derecho presentase la demanda se le pudiera inmediatamente otorgar justicia de modo pleno y adecuado al caso, no habría lugar para las providencias cautelares.

Añade Calamandrei, como colofón a la anterior observación, que bajo este aspecto es evidente la afinidad de las providencias cautelares con las disposiciones, magistralmente estudiadas por Chiovenda,

> que tienden a producir como resultado que la sentencia actúe la ley como *si ello ocurriese en el momento mismo de la demanda judicial:* tienden, en efecto, a conseguir que la actuación de la ley, contenida en la providencia definitiva, pueda operar sobre el mismo estado de hecho sobre el que operaría en el momento de la demanda judicial. El principio es siempre el mismo: la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón, no debe convertirse en daño para quien tiene razón.

[23] *Op. cit.*, p. 44.

XII. Carácter específico de la suspensión en el amparo mexicano

La razón procedimental y la técnica de manejo de nuestra suspensión del acto reclamado dentro del juicio de amparo, en paralelo con las providencias cautelares, creo se han puesto de manifiesto en forma indudable. La tradición jurídica tanto española como novohispánica, respecto de prácticas que facilitaron la aplicación de procedimientos suspensionales contra los efectos plenos de los mandatos de autoridad, fueron un excelente puente de paso para su instauración en nuestro proceso constitucional sin mayores titubeos. Pero hay una característica de la suspensión en amparo que va más allá de la filosofía y la razón de ser de las providencias o medidas cautelares; ésta es la que precisa la actual fracción X del artículo 107 constitucional en su primer párrafo, que a la letra dice:

> Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de la violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público.

Como puede apreciarse, la decisión de otorgar o no la suspensión —y que es causa de responsabilidad penal— se sujeta a requisitos de ponderación del caso concreto, y no tanto de cuestiones de apreciación del *periculum in mora*, que de cualquier manera está forzosamente incluido en "la naturaleza de la violación alegada". La dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, prácticamente es un desgloce de la violación alegada, en relación con su *reparabilidad* para el caso de que no se otorgara la suspensión. Los daños y perjuicios que con la suspensión se origine a terceros, dará contenido a la garantía que debe otorgarse para gozar de los beneficios de la suspensión, si ésta se decretare. Por lo tanto, el elemento substancial que se anuncia como toral es la evaluación del *interés público* que pudiere estar en juego por el otorgamiento de la suspensión, o sea valorar con cuidado si el mandato suspensional afecta o no al interés público.

Tenemos obligación de mencionar aquí otra característica especial del proceso de amparo, que complementa las disposiciones no sólo sobre la suspensión, sino sobre la forma de substanciar todos los pro-

cedimientos. La fracción XV del artículo 107 constitucional, precisa que el procurador general de la República, o el agente del Ministerio Público Federal que al efecto designare, serán parte en todos los juicios de amparo, lo cual ratifica la fracción IV del artículo 5º de la actual Ley de Amparo. Por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en la fracción I del artículo 2º, precisa como actividad prioritaria de la institución la vigilancia en la observancia de los principios de constitucionalidad y legalidad, comprendiendo esta función —de acuerdo con la fracción I del artículo 3ª de la ley citada— la intervención del Ministerio Público en todos los juicios de amparo.

Se actualiza así una característica del amparo desde su primera ley, que señalaba al promotor fiscal como la contraparte del agraviado demandante. En tal forma, y regresando a nuestra suspensión, no sólo se da un especial factor a considerar respecto de ella, que debe tener presente para otorgarla o negarla, sino que en nuestro sistema procesal existe un órgano público específico que vela y promueve lo conducente para que no se burle la intención del legislador constituyente y el ordinario: el Ministerio Público Federal.

La Constitución de 1857 nada disponía respecto al especial requisito de afectación al interés público, o social. No precisaba ni éste ni ningún otro condicionamiento para que se otorgare o negare al suspensión. La primera Ley de Amparo, la de 1861, se ocupó concretamente de la suspensión en su artículo 4º, que vale la pena transcribir textualmente:

> El juez de Distrito correrá traslado por tres días "a lo más", al Promotor Fiscal, y con su audiencia declarará, dentro de tercero día, si debe o no abrirse el juicio conforme al art. 101 de la Constitución; excepto el caso en que sea de urgencia notoria la suspensión del acto o providencia que motivó la queja, pues entonces lo declarará desde luego bajo su responsabilidad.

Como se ve, nuestra primera ley sigue los cauces estrictos de la providencia cautelar, en su ortodoxia más profunda, pues hace arrancar la medida suspensional partiendo del concepto único de *urgencia notoria*.

El artículo 5º de la segunda Ley de Amparo de 1869, en su segundo párrafo, insiste en la misma fundamentación cuando dispone: "Si hubiere urgencia notoria, el juez resolverá sobre dicha suspensión a la mayor brevedad posible y con solo el escrito del actor."

Es la tercera ley, la de 1882, la que introduce el condicionamiento que persistirá hasta la fecha. Su artículo 12 se refiere a la *suspensión inmediata* del acto reclamado; en su primera fracción enuncia el caso en que se trate de la ejecución de pena de muerte destierro o algunas de las expresamente prohibidas en la Constitución federal; pero en la segunda dispone: "Cuando sin seguirse por la suspensión perjuicio grave a la sociedad, al Estado o a un tercero, sea de difícil reparación física, legal o moral el daño que se cause al quejoso con la ejecución del acto reclamado."

Es éste el momento de nuestra tradición jurídica en que se introduce en la suspensión un elemento de evidente carácter político, y no meramente la situación procesal en relación con las urgencias del promovente de una acción frente al futuro y probable acto dañoso de ejecución inminente: *el perjuicio grave a la sociedad* o *al Estado*, que eventualmente también se extiende al perjuicio de esa naturaleza a un tercero. La suspensión, bajo este criterio, no debe causar perjuicio grave a la sociedad o al Estado.

La Constitución de 1917, en su texto original, en las fracciones V y VI del artículo 107, se refiere al otorgamiento de la suspensión, pero sólo respecto de las sentencias definitivas en los juicios penales y civiles, y no menciona la suspensión en el amparo ante los jueces de distrito; pero precisa la suspensión provisional por juez distinto del de distrito, cuando éste no residiere en el mismo lugar en que tenga su asiento la responsable.

En la fracción I del artículo 55 de la Ley de 1919, primera que regula el amparo bajo el imperio de la Constitución de 1917, se dice: "La suspensión debe concederse siempre que la pida el agraviado, en los casos en que sin seguirse por ello daño o perjuicio a la sociedad, al estado o a un tercero, sean de difícil reparación los que se causen al mismo agraviado con la ejecución del acto."

Finalmente, la actual Ley de 1936, en su artículo 124, precisa requisitos para decretar la suspensión, y uno de ellos, señalado en su fracción II, ordena: "Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público." Esta nueva redacción resulta verdaderamente desconcertante porque: *a)* Ya no puntualiza al juez que evalúe el perjuicio a la sociedad o al Estado, sino al interés social, y a la contravención de disposiciones de orden público; *b)* Ordena la negativa de la suspensión en esos casos, sin posibilidades de manejar condiciones de equilibrio entre el interés público o social, y las *urgencias* del agraviado, y *c)* Mantiene condicionamientos que

impiden el otorgamiento de la suspensión, a pesar de que el actual mandato constitucional no menciona a las disposiciones de orden público.

Pero algo más grave y trascendente encontramos en este nuevo y radical manejo de la suspensión. Como no se excepciona la consumación del acto reclamado —reputado como inconstitucional por el quejoso—, por no concederse la medida cautelar, finalmente resulta que los actos inconstitucionales de las autoridades, que pudieran apreciarse por el juez de amparo, afectan al interés público o social, o contraviene disposiciones de orden público, no admiten la acción de amparo, deben desecharse las instancias suspensionales y continuará su curso normal el acto de autoridad hasta consumarse en su integridad.

Hay así actos de autoridad que de hecho y de derecho no admiten el control constitucional. Para usar la terminología del derecho novohispánico, contienen un mandato de *"obedézcanse y cúmplanse"*.

TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN JAMAICA

Krystian COMPLAK *

Los Estados independientes de la Comunidad de Naciones británicas en el Caribe ocupan un lugar particular entre los países del área latinoamericana. Dichos territorios son considerados como entidades constitucionales en las cuales las prerrogativas tanto de toda la sociedad como de los individuos y grupos que la componen están escrupulosamente acatadas.

No cabe duda de que Jamaica es un buen ejemplo de este tipo de Estado antillano. Siendo una isla de casi once mil kilómetros cuadrados y de más de dos millones de habitantes, Jamaica constituye la mitad del *Commonwealth* en el Caribe. Mirando este país desde el punto de vista político, notamos que desde el arribo de la isla a la independencia en 1962 se celebran en ésta, cada cinco años, de manera regular, las elecciones parlamentarias. Como resultado de ellas, el poder supremo en el país lo toma alternativamente una de las dos colectividades políticas más poderosas en la isla, como son el conservador Partido Laborista de Jamaica y el progresista Partido Nacional Popular.

Jamaica no fue y no es un blanco de mayor estigmatización internacional por sus groseras violaciones de los derechos humanos.[1]

A los derechos del hombre se les puede proteger en los planos económico, social o político-institucional. Es evidente la importancia de cada uno de estos ámbitos para la tutela de las libertades de la persona humana. En el Estado burgués como es Jamaica, una singular trascendencia toca al último dominio señalado. Los elementos esenciales de esta salvaguardia constitucional de los intereses legítimos ciudadanos se refieren a las posibilidades de una participación por los grupos opositores en la vida política del país, así como a la proclamación de la llamada Declaración de Derechos Humanos; Jamaica cumple con estos

* Doctor en derecho, catedrático de la Universidad de Wroclaw, Polonia.

[1] *Cfr.* por ejemplo, *Country Reports on Human Rights Practices for 1983*, Washington 1984, pp. 616-623. Para tener una idea sobre el sistema de gobierno y las instituciones de Jamaica, consúltese el excelente libro de Carpizo, Jorge, *Lineamientos constitucionales de la Commonwealth*, México, 1971.

requisitos. Según la todavía vigente Constitución del 25 de julio de 1962, a la minoría parlamentaria se les impuso, a través de las denominadas comisiones para los asuntos del servicio público, judicial y policiaco, la obligación de coproveer juntamente con el partido gobernante, de funcionarios y empleados estos tres preponderantes componentes del apartado estatal. Es más, la ley fundamental jamaiquina ha dispuesto que el jefe de la oposición, independientemente de los resultados comiciales en la Cámara Legislativa Baja, tenga el deber de designar un tercio de los senadores. En adición a esto, los constituyentes, al elaborar el tercer capítulo de la carta magna sobre los "derechos y libertades fundamentales", determinaron que cualquier artículo de esta parte de la Constitución requiere, para ser modificado, la aprobación por una mayoría calificada de votos en ambas cámaras del Parlamento. De esta manera, todas las revisiones concernientes a las garantías individuales se hicieron depender de un consentimiento *sine qua non* de la oposición.

En este trabajo nos proponemos examinar el mecanismo de la tutela de los derechos y libertades del hombre, vigente en Jamaica de hoy. Luego de presentar las pautas e instituciones constitucionales que tienen gran significado para la defensa de los intereses públicos de los particulares, vamos a investigar, principalmente, la estructura y los instrumentos jurisdiccionales de la Corte Suprema jamaiquina en esta esfera. El papel primordial de la Corte Suprema no implica que otros órganos de la administración de justicia, tales como el Tribunal de Apelaciones o las cortes permanentes de magistrados, estén desprovistos de valor alguno. Sin embargo, el estudio de estos órganos no sería ni provechoso ni afortunado, pues en el primer caso mencionado ocurre una parcial identificación entre los integrantes de la Corte Suprema y los vocales del Tribunal de Apelaciones, mientras que en el segundo caso, lo que se opone a tal inclusión, es el hecho de que los jueces y magistrados están subordinados, por vía institucional, a las instancias jurisdiccionales superiores hasta la Corte Suprema. Para terminar, vamos a describir al *ombudsman* recientemente creado en Jamaica, apenas ocho años atrás.

Cuando se configuraba el Estado independiente Jamaiquino se acordó que la futura carta fundamental del país comprendiera los preceptos relativos a los derechos y libertades ciudadanos.[2] Esto fue una considerable desviación de la regulación de este asunto, hasta ahora en vigor. En Jamaica, conforme al vigente derecho angloameri-

[2] *The Report of the Jamaican Independence Conference*, Londres, 1962, p. 12.

cano consuetudinario —*common law*—, las libertades de los particulares fueron custodiadas por los medios propios a este sistema jurídico. En base a este derecho inglés no escrito, la persona afectada en la materia que repasamos podría siempre exigir judicialmente la reparación de daños y perjuicios, el pago en efectivo y la recuperación de la posesión de las cosas muebles e inmuebles. Específicamente, los perjudicados podrían, mediante una responsabilidad contractual o por daños materiales o, por cierto, personales, entablar demanda en contra del fiscal general en su calidad de agente de la autoridad estatal. Cuando la referida actividad de los funcionarios públicos era simultáneamente un delito, el querellante podría acusarles adicionalmente a través del juicio penal.

La aprobación de la Constitución jamaiquina en concepto de una ley fundamental del Estado, así como la consagración en ella de los "derechos y libertades fundamentales", equivalía, antes que nada, a la limitación del cuerpo deliberante en su potestad para normar estos asuntos y, al propio tiempo, al establecimiento del deber de los órganos de la impartición de la justicia de tomar en cuenta y de dar preferencia a las prescripciones de la carta magna siempre en la vista de las causas relacionadas con estos derechos y libertades. Amén de esto, el artículo 25 de la ley fundamental de Jamaica estipuló que la Corte Suprema poseerá la jurisdicción original de prioridad en materia de todas las acciones ejercitadas respecto a los derechos del hombre consignados en el capítulo tercero de la Constitución. En relación con ello, tales derechos, como el derecho a la vida, a la libertad personal, al aprovechamiento de la propiedad privada, a la privacidad, al debido proceso legal, a la pacífica reunión, a la asociación, a la igualdad ante la ley, a la libertad de moverse, de conciencia o al castigo y el trato decente, fueron, por añadidura, mejor garantizados gracias a las pautas de organización y procesales exclusivamente peculiares a la Corte Suprema.

No obstante lo dicho, conviene resaltar que la forma concreta de cómo se amparan los derechos individuales en Jamaica queda determinada también por una serie de detalles de índole constitucional que vamos a esbozar, en breve, a continuación.

En primer lugar, hay que advertir que en virtud del artículo 26, punto 8, de la ley fundamental jamaiquina se ha dispuesto que todas las reglas jurídicas válidas inmediatamente antes de la entrada en vigor de la carta magna de 1962 cotinuarán siendo aplicadas, aunque sean contrarias a cualquier artículo de su tercer capítulo sobre los derechos

y libertades fundamentales. De este modo, a pesar de regir la expresa prohibición constitucional de condenar a castigos inhumanos o degradantes, o a la tortura (artículo 17, puntos 1 y 2), los tribunales de justicia conservaron la facultad de infligir la punición de flagelación.[3] Además, la vigente Constitución de Jamaica, así como las leyes dictadas con fundamento en ella, excluyeron determinadas clases de actos administrativos del control por los órganos de la impartición de justicia. El artículo 13 de la Constitución, reza en cambio, que el goce de los derechos y libertades definidos en el capítulo tercero no puede menoscabar la autonomía de otros particulares o el interés público. Otra grave restricción en el disfrute de las libertades ciudadanas en Jamaica se refiere a las cláusulas legales que permiten la imposición de un estado de excepción. La suspensión temporal de las garantías individuales puede prolongarse ininterrumpidamente, en armonía con estas leyes de emergencia, hasta los doce meses. Un gran detrimento en este sentido ha sido también la implantación, en 1974, de los tribunales para reprimir la posesión y el uso ilegales de las armas de fuego.[4] Las audiencias ante los tribunales de este talante eran llevadas a cabo a puertas cerradas y sus fallos no eran susceptibles de apelación alguna. Finalmente, vamos a advertir que, de acuerdo con el artículo 110, punto 1, de la Constitución jamaiquina, quedó en pie como la instancia judicial más alta de revocación de la isla antillana Su Majestad Real (británica) en Consejo.[5] Lo que responde al nombre de la Comisión Judicial de Londres ha sido habilitada para resolver los recursos de casación interpuestos en contra de las sentencias por los órganos de la administración de justicia de Jamaica concernientes particularmente a los procesos entorno a la propiedad cuyo valor excede quinientas libras esterlinas, así como las decisiones definitivas civiles, penales y otras, si ellas envuelven cuestiones de interpretación de la ley fundamental jamaiquina.

[3] Como escribe un jurista de este país, la disposición del máximo texto jurídico sobre la inadmisibilidad de la tortura y de otros métodos de represión crueles se ha convertido en un "hipócrita disparate pío". Kelly, J. B., "The Jamaican Independence Constitution of 1962", en *Caribbean Studies*, vol. 3, núm. 1, p. 72.

[4] A pesar de que estos fueros han sido extinguidos en 1980, les recordamos, por ser una solución jamaiquina, que puede, mediante un estatuto parlamentario, volver a recobrar en cualquier momento su plena fuerza legal.

[5] Las diferencias en la substanciación de las violaciones de las libertades individuales entre la Comisión Judicial de Londres y las instancias superiores de la impartición de la justicia de los países caribeños, las examina, entre otros, DeMerieux, M., "The delineation of the right to freedom of expression", en *Public Law*, 1980 (Winter), pp. 359-366.

Tanto el *common law* como el artículo 13 de la Constitución jamaiquina reconocen claramente los derechos y las libertades a toda persona de su nacionalidad. Únicamente en dos ocasiones, las normas de la ley fundamental excluyeron a los extranjeros de sus alcances. El punto 4 del artículo 24 de la Constitución ha dado una posibilidad de dictar reglas jurídicas discriminatorias con referencia a los sujetos que no son ciudadanos del país. En cambio, en consonancia con el punto 3 del artículo 26 de la carta magna, el personal militar de las fuerzas castrenses foráneas, acantonado legalmente en el territorio de la isla, ha sido privado de una activa legitimación para obrar en cuanto al contenido del tercer capítulo de la ley fundamental. Teniendo presente esto y sin responder de un modo inequívoco a la interrogación de si en Jamaica podemos hablar de los derechos humanos o, tal vez, sólo de los súbditos del país (ciudadanos), vamos a utilizar ambas —y otras— locuciones para calificarlos.

Tal como dijimos anteriormente, la ley fundamental de Jamaica ha instaurado la Corte Suprema como la primera instancia en materia de demandas judiciales encaminadas a tutelar los derechos y libertades de los administrados.[6] El órgano está integrado por un presidente, un juez denominado superior y por los jueces en número de seis a catorce. El presidente de la Corte Suprema está nombrado por el gobernador general de la isla a propuesta del primer ministro a raíz de ser efectuada una consulta con el jefe de la oposición. Los demás miembros de esta institución designa, también al gobernador general, pero en la base de las recomendaciones de la llamada Comisión Judicial (jamaiquina). A esta Comisión pertenece el presidente de la Corte Suprema el presidente del Tribunal de Apelaciones, así como los tres vocales nombrados por el gobernador general. El gobernador general, al designar a estas personas, lo hace a tenor con una proposición del primer ministro, luego de asesorarse al respecto ante el líder de la fracción minoritaria. Según los términos de la ley fundamental, los jueces de la Corte Suprema así escogidos desempeña sus cargos hasta la edad de sesenta y cinco años. Con preterición de su propia renuncia, o a la edad arriba marcada, el juez puede ser relevado de la dignidad sólo

[6] La cuestión de la independencia del Poder Judicial en Jamaica ha sido objeto de una muy interesante discusión en las páginas de una revista jurídica de la Mancomunidad Británica, entre el director para la reforma judicial de aquel entonces y el futuro primer *ombudsman* de este país. Ver el artículo de Watkins, E.H., "The Judiciary and the Administration of Justice in Jamaica today", en *Commonwealth Judicial Journal*, núm. 1, 1977, pp. 103-112, así como una enjundiosa réplica de Green, E.G., "On first Looking into Dr. Watkin's Dissertation: 'The Judiciary and the Administration of Justice in Jamaica today' ", en *idem*, pp. 113-115.

por una incapacidad para ejercer la función, por causa de una enfermedad u otro motivo, o por razón del mal comportamiento. Si se da esta última peripecia su separación del pueblo puede ser efectiva sólo después de terminar una compleja tramitación de encuesta acometida por un tribunal disciplinario especial.[7] Otra garantía en contra de la destitución arbitraria de un ministro de la Corte Suprema es la prohibición de suprimir la plantilla hasta cuando lo ocupa su titular legítimo. Los haberes de los integrantes de la instancia judicial superior de la administración de justicia los fija la ley, y éstos se pagan de un fondo consolidado libre de los cambios anuales presupuestarios. A los magistrados de la Corte Suprema les está absolutamente vedada la participación en cualquier actividad político-partidaria del país. Además, los vocales de este alto cuerpo no pueden ser encausados por sus actividades, independientemente de si ellas han sido llevadas a cabo dentro de los límites de sus competencias respectivas o tuvieron un carácter malicioso y sin una causa razonable.

En concomitancia al apartado 25 del Reglamento Interno de la Corte Suprema[8] de Jamaica, el agravio, tras llenar el documento del emplazamiento reclamando una declaración de los derechos y pidiendo el mandamiento prohibitorio o algún otro orden, puede exigir una compensación. Cuando el aspirante alega que la violación de un derecho ya ha sido consumada, la súplica puede ser hecha por conducto de un pedimento al tribunal apoyado en una declaración jurada; si, en cambio, la cuestión de la vulneración de los derechos fundamentales surge indirectamente en el curso de la instancia ante la Corte Suprema, este cuerpo puede resolver dicha cuestión y dar efecto a esta determinación suya en cuanto es aplicable al fallo o a cualquier resolución en estas actuaciones. En caso de plantearse el problema de la transgresión de los derechos humanos ante los tribunales inferiores en los cuales no opera ningún ordenamiento jurídico al respecto, compartimos la opinión de otros autores de que la mejor solución a esta dificultad sería que los citados tribunales reserven el punto constitucional o hagan acordar sobre los hechos por las dos partes para su determinación por la Corte Suprema.[9] Cuando el fiscal general no es parte en el proceso y la demanda de infracción a las garantías individuales está dirigida directamente a la Corte Suprema, el actor está constreñido a radicar copias adicionales de los documentos pertinentes, los cuales

[7] En la selección de la composición de este órgano también toma parte la oposición.

[8] Judicature (Rules of Court) Law de 1961.

[9] *Cfr.* Barnett, L. G., *The Constitutional Law of Jamaica*, Londres, 1977, p. 429.

el registrador de esta altísima institución de la administración de justicia tiene que remitir al fiscal general de la República para la preparación de su acusación. El individuo que se queja por una transgresión de sus derechos fundamentales debe, al intentar su querella a la Corte Suprema, presentar sólo el caso de modo "suficiente y satisfactorio".[10] Es de hacerse notar que la demanda judicial de conculcación de las garantías individuales puede ser ejercitada también por una persona que aduce solamente la eventual y futura violación de éstas. A pesar de que la legislación jamaiquina prevé que la Corte Suprema está autorizada a exentar las partes del pago de los gastos del pleito, no hay una regla específica sobre socorro de los indigentes implicados en los juicios relacionados con los derechos y libertades del hombre.

Las contiendas concernientes a la vulneración de las garantías individuales están dirimidas por un solo juez de la Corte Suprema; no obstante, el presidente de este alto cuerpo judicial puede ordenar el pronunciamiento en este dominio por tres o más ministros. Está permitido, asimismo, formar un jurado ante la Corte Suprema. A tono con la Ley sobre la Corte Suprema en los pleitos, entre otros, de difamaciones orales o escritas, de encarcelamientos ilegales, de enjuiciamientos malicioso, la integración de este tribunal no profesional ante la Corte Suprema es un deber ineludible. Merced a la inflación de los ingresos, cuyo nivel mínimo fijado en la centuria pasada daba derecho a designar un ciudadano en calidad de un señor del jurado, actualmente casi toda la población adulta de la isla puede ser llamada a estas responsabilidades.

El jurado ante la Corte Suprema está compuesto por siete personas. En las vistas de una traición o de un asesinato, el jurado está constituido por doce personas. El veredicto de los señores del jurado acerca de ambos crímenes debe ser dado por unanimidad. En los demás litigios en favor de la sentencia tienen que pronunciarse, al menos, cinco de los siete miembros del jurado. Los miembros del jurado no pueden ser puestos a disposición de justicia alguna por las funciones cumplidas. Ellos son inatacables incluso cuando se les reprocha que no estuvieron en condiciones de seguir o comprender el proceso realizado, o que fueron inducidos a error en lo que atañe al hecho justiciable, o que un error fue cometido durante la notificación de su determinación.

[10] El querellante no ha de observar muchos requisitos del peso de la prueba vigentes en los juicios penales. *Onus probandi* que está de uso en cuanto a las acciones de vulneración de los derechos humanos es, sin embargo, más compleja que en el proceso civil. *Cfr.*, Barnett, L.G., *op. cit., supra*, pp. 431 y 432.

La Corte Suprema de Jamaica, con miras a llevar adelante o salvaguardar los derechos humanos contemplados en el capítulo tercero de la Constitución, maneja una serie de remedios procesales, como el *habeas corpus*, la sentencia declarativa, el mandamiento prohibitorio (*injunction*), la orden de prohibición (*prohibition*), el requerimiento judicial (*mandamus*) y el auto de avocación (*certiorari*).[11]

El recurso de *habeas corpus*, de conformidad con la regulación jamaiquina, puede interponerlo no sólo una persona privada ilegalmente de la libertad, o del movimiento, sino cualquier otro individuo que está actuando en su nombre en estas circunstancias. Los prisioneros de guerra y los enemigos extranjeros son la única gente que no puede presentar la petición de *habeas corpus*. Dicho privilegio puede hacerse valer en contra tanto de un particular como de uno que ocupa un cargo oficial, ambos sujetos sospechosos de privar ilegalmente la libertad de un ciudadano, aun cuando la persona que detenga o aprisione asevera de que actúa en nombre del poder público. La petición de *habeas corpus* se presenta ex parte en la primera instancia. Esta acción debe ser conocida por un juez de la Corte Suprema, en seguida, en el acto de su deposición. El juez que está considerando la solicitud puede ordenar la puesta en libertad, sin tardanza, de la persona recluida si comprueba que su aislamiento se llevó a cabo en atención a una decisión que no fue tomada a tenor con la forma de practicar las diligencias por una autoridad competente. No es lícito que un mismo individuo pueda demandar que se acoje al *habeas corpus* ante varios jueces individuales, sucesivamente. Tampoco se puede utilizar este recurso en vez de la apelación respecto de resoluciones o fallos pronunciados por los órganos de la impartición de la justicia competentes.

Otro instrumento jurisdiccional de la tutela de los derechos humanos es la sentencia declarativa. Mediante este remedio, un ciudadano que posee un interés personal en un asunto determinado puede cerciorarse sin que se dicte sanción alguna en contra del procesado en punto a la existencia y el tamaño de los derechos y deberes suyos o de otros sujetos jurídicos (por ejemplo, de la administración pública).

[11] A la pregunta de si estos cuatro últimos instrumentos procesales indicados se han ya transformado, como en algunos países asiáticos —antiguas colonias inglesas (India, Birmania), en lo que responde al nombre de medios específicos para la tutela de los derechos humanos, es muy difícil de contestar de manera tajante. Según parece, en Jamaica son cada vez menos las situaciones en las cuales uno puede invocárselos para la salvaguarda de los derechos e intereses jurídicos de muy diversa índole y jerarquía. *Cfr.*, lo que repara con agudeza el eminente cultivador de la problemática Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México, 1982, pp. 34 y 89-90.

A pesar de que no se expide ningún tipo de decisión que obligue a algo a las partes, la sentencia declarativa se impone al demandante y al demandado en cuanto a los derechos y obligaciones confirmados, adquiere la autoridad de la cosa juzgada y tiene el carácter de un precedente. Es preciso recalcar que dicha súplica es desvinculada de muchas formalidades de procedimiento y burocráticas y que la Corte Suprema puede servirse de este instrumento al lado, o conjuntamente, con los otros medios de la protección jurisdiccional de las libertades de los gobernados.

El mandamiento prohibitorio es una orden de la Corte Suprema por conducto de la cual esta instancia judicial prescribe, por ejemplo, a un órgano del poder estatal o a un individuo que deje de hacer las actividades ya empezadas, especialmente cuando éstas tienen visos de una infracción jurídica. El auto en cuestión no se puede dictar en contra de los representantes políticos de la administración gubernamental (de la Corona). Los funcionarios y empleados impugnados mediante esta acción pueden responder de los actos incriminados sólo a título personal. Un particular puede reclamar la aplicación de un mandamiento prohibitorio en contra de una autoridad del Estado sólo cuando fue afectado personalmente por un crimen de *prevaricato*. Cuando la materia de este remedio está constituida por un interés público, la única persona que está capacitada para acudir a la petición aludida es el fiscal general. El mandamiento prohibitorio no procede cuando una ley prevé un medio extraordinario para la defensa de los derechos, o la parte puede incoar una querella ordinaria.

Con el objeto de impedir la ulterior realización de los actos en curso llevados adelante por los órganos estatales dotados de la facultad de decidir sobre los derechos y libertades individuales, según las pautas propias al Poder Judicial del Estado, la Corte Suprema puede emitir una orden de prohibición. No se puede echar mano de este remedio preventivo en contra de los agentes políticos del gobierno (de la Corona), de los actos apoyados en una ley o de los que son de índole pastoral. El derecho de audiencia en pleno tribunal con motivo de la solicitud referida es inherente no sólo a la persona agraviada.

La Corte Suprema está facultada para conceder discrecionalmente una orden de prohibición a otras personas. La existencia de un derecho de apelación no despoja a la Corte de la competencia para dictar una orden de prohibición, a no ser que las normas sobre la alzada excluyan otros medios de impugnación de las decisiones. La inhibitoria sobre la cual versamos, no tiene lugar cuando el acto cuestionado fue ratificado

o la tramitación seguida ha sido defectuosa. Finalmente, debemos apuntar que el procedimiento en cuestión trae consigo gastos considerables.

Mediante el requerimiento judicial, en cambio, la Corte Suprema manda a un individuo, o a una persona jurídica digamos, a un órgano estatal a cumplir una obligación pública prevista en una ley. Toda persona que demuestre que tiene un evidente interés en la realización de tal compromiso, y a la cual se le rehusó hacerlo efectivo, puede dirigirse a la Corte solicitando la aplicación del remedio procesal estudiado. La declaración de tal petición está supeditada al antojo de la Corte Suprema. No se puede rechazar el requerimiento judicial cuando no existe algún otro medio de obtener una impartición de la justicia (por ejemplo, la apelación a un organismo administrativo superior); dicho requerimiento no se puede interponer respecto a los personeros políticos del poder estatal (por ejemplo, contra un ministro). Además, debemos acotar que el requerimiento judicial no es una *actio popularis,* sino meramente un remedio procesal extraordinario.

El último medio mencionado de la tutela de los derechos del hombre de que dispone la Corte Suprema de Jamaica es el auto de avocación. El papel principal de una orden de *certiorari* se reduce a dar por nulas las decisiones tomadas por una amplia gama de órganos, como son los tribunales de justicia, los titulares políticos de las incumbencias oficiales, las autoridades locales o las comisiones disciplinarias. Toda persona puede reclamar el otorgamiento de un auto de avocación; y las posibilidades de acceder a esta solicitud serán mayores si los presuntos lesionados en sus derechos hacen valer una falta de jurisdicción, los errores que sean claros desde las actas del juicio, una negativa de administrar la justicia, un engaño o una confabulación. Del mismo modo como sucede en el caso de una orden de prohibición, esa clase de remedio ante el cuerpo judicial más alto del país es bastante caro.

Por ley del 13 de noviembre de 1978 ha sido instituido en Jamaica como una "encomienda parlamentaria", la oficina y el cargo del *ombudsman*. A tenor de este acto legislativo, al "informal" [12] protector de los derechos humanos lo designa el gobernador general, siguiendo una recomendación del *premier,* pasada una consulta con el jefe de la oposición. Al *ombudsman* lo nombran para un periodo de siete años con la posibilidad de prolongar, una sola vez, el desempeño de la función

[12] Este calificativo del *ombudsman* jamaiquino es más adecuado, ya que, según la ley del 13 de noviembre de 1978, dicho funcionario puede escoger cualquier procedimiento y modo de obtener informaciones que cree lo más apropiado para resolver un asunto dado (artículo 17, punto 2), siendo, además, sus trámites no irritos por inobservancia de alguna forma (artículo 23).

por cinco años más. Está prohibido nombrar como "defensor del pueblo" a un miembro del Parlamento, a un quebrado no rehabilitado, así como las personas condenadas por delitos de improbidad o de torpeza moral. El puesto en cuestión puede ser ocupado por la misma persona, en lo fundamental, hasta sesenta y cinco años. Con anterioridad a esta fecha, el *ombudsman* puede ser alejado de su dignidad a causa de una imposibilidad física o intelectual de cumplir con sus tareas, o en caso de mala conducta; en ambas ocurrencias, el gobernador general, "con un consejo del primer ministro y tras una consulta con el líder de la oposición", designa un tribunal disciplinario especial que se compone de tres antiguos o actuales jueces de nivel superior. Este comisionado parlamentario jamaiquino investiga *motu proprio*, o a base de una solicitud escrita por un individuo que sostiene que él o un grupo de personas con el cual está vinculado sufrió o hubiese podido sufrir una injusticia a consecuencia de las funciones administrativas fungidas por las instituciones del Estado.[13] Están sustraídas de los alcances de esta investigación: las actividades que pueden ser denunciadas, por vía judicial o, al contrario, las que han sido dejadas explícitamente fuera del objeto del proceso jurisdiccional y, además, todo un conjunto de tales asuntos, como la incoación de un procedimiento penal o civil, o la continuación de éste ante un tribunal nacional o internacional, los hechos ejecutados obedeciendo a los órdenes militares, con arreglo a la Ley de Defensa Patria, los actos tomados por un ministro responsable de la extradición, las decisiones o las acciones de la Comisión para el Servicio Civil del Gobierno concernientes al nombramiento, remoción o a las medidas de índole disciplinaria, la concesión de los honores, de las condecoraciones y de los privilegios, así como el otorgamiento de los indultos por el gobernador general. Cuando la persona que se queja ante él está privada o limitada en su libertad, sus cartas al "promotor de justicia" no se someten a la censura habitual en los establecimientos penitenciarios. El protector de los derechos de los particulares puede rehusar a apoyar una queja si ésta es trivial, frívola, sin mérito o de índole litigiosa; si fue presentada de mala fe; si el acusador tardó mucho en depositarla al *ombudsman*, o si no tiene

[13] Como se desprende del informe del *ombudsman* jamaiquino referido a 1982, el grupo más abultado de quejas (es decir, 123 de los, aproximadamente, quinientos) concernía a la oficina del registro civil por sus demoras de remitir las actas de nacimiento, de matrimonio, etcétera. Vale la pena reparar que 85 escritos de agravios dirigidos a este defensor de los derechos humanos redactaron las instituciones *versus* las instituciones *(sic)*. *Cfr.*, *Fourth Annual Report of the Parliamentary Ombudsman for Jamaica. Calendar Year 1982*, Kingston, s.a., pp. 46 y 47.

suficiente interés en éstos agravios, o, considerando las circunstancias del caso, si su investigación no es necesaria.

Durante sus tareas de oficio, el defensor del pueblo puede entrar en todos los locales y edificios pertenecientes a las autoridades públicas, incluidos los organismos de la seguridad del Estado. En cuanto a la comparecencia y el interrogatorio de los testigos, así como en lo tocante a la confesión y muestra de los documentos, el protector de los intereses ciudadanos está dotado de los mismos poderes que un ministro de la Corte Suprema. Si el *ombudsman* comprueba que por culpa del órgano público, el quejoso ha sufrido una injusticia, va a informar sobre el particular a un órgano involucrado, hasta poder aconsejar a éste de emprender unas cuantas acciones dentro de un plazo estrictamente fijado. Dichas recomendaciones pueden ser encaminadas especialmente a la reconsideración de un asunto dado, a la modificación de las disposiciones legales que originan la injusticia o al resarcimiento por pérdidas o daños al reclamante. En caso de no acometer las acciones recomendadas por los órganos del Estado en el término señalado para acabar con la injusticia, el defensor de las libertales individuales entrega al parlamento un dictamen especial al respecto.

Si el *ombudsman* llega a la conclusión que hay una prevaricación, un comportamiento oficial indebido o un delito penal, el tutor del pueblo promueve una iniciativa para responsabilizar a la autoridad culpable, sin exceptuar a los órganos de la impartición de la justicia y, aparte de esto, confecciona los informes correspondientes para el conocimiento de la asamblea legislativa.

Es bastante difícil evaluar la efectividad del examinado mecanismo para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los gobernados en Jamaica. Parece que este sistema de las instituciones instauradas es, desde el punto de vista formal correcto, aun cuando no deja de tener, como diría acertadamente en tal oportunidad el insuperable maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, "sus desventajas en cuanto a su complejidad y onerosidad".[14] Sin embargo, la regulación constitucional de las libertades individuales, y sobre todo de los atributos de los partidos de oposición jamaiquinos en esta materia, es innovadora en comparación con numerosos países del mundo, incluido el ordenamiento jurídico-constitucional de su antigua metrópoli. También puede despertar un interés especial la recién introducida institución del *ombudsman*. No obstante lo dicho, llama la atención una enorme cantidad de asuntos que han sido descartados del ámbito de las eventuales inter-

[14] *Cfr.*, Fix-Zamudio, H., *op. cit., supra*, nota 11, p. 85.

venciones de este informal protector de los derechos del hombre. El promotor de la justicia no puede controlar, no sólo la legalidad de los actos del poder público, sino, antes que nada, le está prohibido apreciar, desde el punto de vista de la oportunidad, las acciones de los órganos administrativos. Por eso, en la práctica, el *ombudsman* jamaiquino se dedica casi únicamente a la cuestión del mal funcionamiento de la administración estatal. Pero, como señalan las denuncias del Consejo Jamaiquino en pro de los derechos humanos, existe en la isla un cierto campo de acción relativo a las libertades básicas del individuo. Antes que nada, en el ojo avizor y no sólo del *ombudsman*, como de todo el Poder Judicial, podrían estar al menos dos de las tres amenazas para los derechos ciudadanos incesante y ampliamente publicitadas por el Consejo aludido.[15] Sin embargo, este enfoque de la problemática es ajeno al contraido en la presente contribución.

[15] Estos conjuntos de problemas lo constituyen las condiciones inhumanas en los establecimientos carcelarios y de reclusión, la violencia policiaca sobre la población y la cuestión de la abolición de la pena capital. Este último asunto depende más, por razones obvias, del cuerpo legislativo, de las presiones de la opinión pública, que de un *ombudsman* o del Poder Judicial. *Cfr., Jamaica Council for Human Rights Newsletter*, núms. 1 y 2, 1985.

LA JURISDICCIÓN DE CONTENIDO SOCIAL EN MÉXICO

José Ramón Cossío D.

Al maestro Héctor Fix-Zamudio,
con agradecimiento y admiración.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La jurisdicción de contenido social en México.* 1. *La jurisdicción.* 2. *Órganos parajudiciales y parajurisdiccionales.* 3. *El Estado social de derecho.* 4. *La jurisdicción de contenido social.* III. *Dos casos de jurisdicción de contenido social en México.* 1. *Juzgados de lo familiar.* 2. *Juzgados en materia de arrendamiento.* IV. *Algunos órganos parajurisdiccionales en México.* 1. *Procuraduría Federal del Consumidor.* 2. *Procuraduría de la Defensa del Trabajo.* 3. *Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la actual crisis del derecho, de tal manera que se hace necesaria una revisión de sus principios y fundamentos para adecuarlos a las circunstancias que el mundo vive y vivirá en los próximos años. En el campo del derecho público son varias las manifestaciones de este fenómeno, pero una de las principales es, sin duda, la consolidación en los Estados industrializados del Estado social de derecho,[1] y la progresiva implantación del mismo, como más adelante veremos, en los países en vías de desarrollo.[2]

Este modelo significa un aumento del intervencionismo estatal en lo social, de tal manera que los individuos y los grupos intermedios se encuentran más vinculados al Estado, y por ello dependen y le exigen más. Así, por ejemplo, es indudable, cuando menos en el caso mexicano, que la ausencia de un Estado actual puede provocar, para las clases desfavorecidas, un agravamiento considerable en sus precarios niveles de vida; mientras que, por otra parte, esa misma inacción le pro-

[1] Aranguren, José Luis, *Ética y política*, Madrid, Guadarrama, 1963, pp. 293-297.
[2] Hansen, Roger D., *La política del desarrollo en México*, México, Siglo XXI, 1984.

vocaría a la iniciativa privada fuertes presiones de sus competidores extranjeros que la harían desaparecer.

Es de esta manera como el Estado poco a poco va tratando de aumentar su presencia en todas las áreas. Su nueva posición y la lógica que trae aparejada, le obligan a dar respuestas que, en la mayor parte de los casos, y debido a las contradicciones propias de un Estado de bienestar colocado dentro de un régimen de economía mixta o de mercado,[3] le son imposibles de satisfacer.

Aun así, y para evitar crisis políticas,[4] se hace necesario dar respuesta al cúmulo de demandas sociales a través de uno de los mecanismos con que el Estado cuenta para ello: la jurisdicción. Es de esta manera como un conjunto de derechos subjetivos que las personas consideran muy suyos, puesto que están asentados en ordenamientos que son el reflejo de los movimientos, exigencias y cambios sociales provocados por la misma sociedad, pueden llegar a ser satisfechos.

De esta forma, podemos decir que al ir cambiando la concepción que se tiene de la sociedad, va cambiando paralelamente la concepción que se tiene del derecho,[5] primeramente en los aspectos sustantivos y posteriormente en los adjetivos. Pero, como estos cambios por sí solos son insuficientes, es necesario variar los aspectos orgánicos de la impartición de justicia, para hacer verdaderamente extensibles sus beneficios.

En este trabajo nos proponemos analizar algunos de los casos más significativos que se han presentado en los últimos años con relación a este tema, especialmente por lo que ve a dos modos novedosos de impartición de justicia, en dos campos que se consideran especiales al resto del conjunto del que anteriormente formaban parte. Nos referimos a la justicia familiar y a la de arrendamiento urbano. Pero debido a que la posición de los dos anteriores puntos no es posible entenderla sino a partir de ciertas nociones básicas, previamente, y en la medida indispensable para coadyuvar al fin general, nos referimos al concepto de jurisdicción y al de Estado social de derecho, pues creemos que es dentro de éstos donde se circunscriben aquellas manifestaciones.

[3] O'Connor, James, *La crisis fiscal del Estado*, Barcelona, Península, 1981; Rosanvallon, Pierre, *La crisis de l'Etat providence*, Paris, Editions du seuil, 1984.

[4] Gil Villegas Montiel, Francisco, "La crisis de legitimidad en la última etapa del gobierno de López Portillo", *Foro Internacional*, núm. 2, vol. XXV, octubre-diciembre de 1985, p. 191.

[5] Gurtvich, Georges, *L'idee du Droit social*, París, Sirey, 1932, citado por Enrique Álvarez del Castillo, "Los derechos del hombre y del ciudadano", en *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Porrúa, 1979, p. 101.

Asimismo, y fruto de la necesidad cada vez mayor que el Estado tiene de resolver problemas jurídicos,[6] se han creado órganos jurisdiccionales que no se encuentran integrados al tradicional Poder Judicial, al menos de manera expresa, así como otros órganos que sin ser propiamente jurisdiccionales, también coadyuvan en la solución de litigios. Para poder darle cierta sistematización a este punto, estudiamos, junto con la jurisdicción, el concepto de parajurisdicción, para ver si nos es posible incluir al último tipo de órganos mencionados en él, o si, por el contrario, hay necesidad de buscarle un lugar especial dentro de la teoría general del proceso. Estos órganos son: la Procuraduría Federal del Consumidor, la de la Defensa del Menor y la de la Defensa del Trabajo.

Las conclusiones, por último, buscarán expresar la relación existente entre el Estado social de derecho mexicano y algunos aspectos de la jurisdicción, así como entre ese modelo estatal y otros mecanismos establecidos para coadyuvar a la solución de litigios entre particulares. El fin es extraer soluciones aplicables a otro tipo de casos que, o bien permanecen dentro de la lentitud del procedimiento tradicional, o bien, ni siquiera pueden aspirar a éste.

II. La jurisdicción de contenido social en México

1. *La jurisdicción*

Antes de pasar al estudio de los casos ejemplificativos que en la introducción hemos señalado, es necesario apuntar de una manera muy breve qué es lo que se entiende por jurisdicción, y cuál es su función en la actualidad, pues, como se ha señalado por diversos autores,[7] este es un concepto dinámico que depende en gran parte de la situación política por la cual el Estado atraviesa.

Sin duda, son muchas las definiciones que en los últimos años se han dado sobre la jurisdicción, como puede verse en el ya célebre trabajo del maestro Alcalá-Zamora,[8] quien además proporciona la suya propia.

[6] De Oliveira Baracho, José Alfredo, *Processo constitucional*, Belo Horizonte, 1981, p. 17.

[7] Así, por ejemplo, el profesor Juan Montero Aroca habla de la evolución que se da entre el derecho procesal y el derecho jurisdiccional, y los cambios que este último implica, en su artículo "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", *Justicia 84*, Barcelona, núm. II, 1984, pp. 337 y ss.

[8] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, tomo 1, UNAM, 1974, pp. 29-60.

Él considera que el concepto gira entorno a cuatro elementos, dos de ellos de carácter objetivo, como son el litigio y el proceso, y dos de carácter subjetivo, como son las partes y el juzgador.

Por su parte, el maestro Fix-Zamudio considera que la jurisdicción puede definirse "como la función pública que tiene como propósito resolver las controversias que se plantean entre dos partes contrapuestas, y que debe resolver un órgano del Estado en forma imperativa y en una posición imparcial".[9]

De esta manera vemos cómo la función jurisdiccional es una de las atribuciones más importantes del Estado moderno, pues es a través de ella como puede darse una solución pacífica a los múltiples litigios que se presentan entre los particulares, y también, y cada vez en mayor medida, entre los particulares y la administración. La sociedad evoluciona de tal manera que las relaciones entre los distintos componentes se multiplican. Fruto de esas relaciones son las fricciones entre las partes, lo que hace necesario un adecuado sistema de control y de resolución de las mismas. De esta forma podemos decir que los mecanismos de control, los instrumentos necesarios para su conocimiento y su desahogo, los órganos impartidores de soluciones, etcétera, tienen un carácter neutro, es decir, se reconoce su existencia, pero se pueden llenar con un contenido diferente dependiendo de las necesidades, aspiraciones, cambios y demás procesos dinámicos dados dentro de una sociedad.

De este modo, al cambiar las condiciones del modelo social, se modifican también los mecanismos por medio de los cuales éstas se manifiestan, y es por ello que se hace necesario adecuar la legislación a ellas, para no ser inconsecuentes.[10]

El concepto de jurisdicción puede permanecer aparentemente igual, pero el papel que se le va a otorgar a cada uno de sus cuatro elementos va a cambiar, presentándose más o menos pronunciado, dependiendo del tipo de materia o materias en las cuales incida, de tal forma que cada uno de los elementos tendrá variaciones en lo general; pero se acentuará dependiendo del caso, en alguno o algunos de ellos, en lo particular.

[9] Fix-Zamudio, Héctor, *Función de Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, p. 13; un concepto aproximado al de los dos juristas anteriormente citados es el de Ibáñez Frochman, Manuel, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 47.

[10] Gurtvich, Georges, *La declaration des Droit sociaux*, p. 74, citado por Enrique Álvarez del Castillo, *op. cit.*, p. 120.

Es así como el juez, por ejemplo, pasa de una posición meramente pasiva a una en que actúa como juzgador-parte;[11] o bien, el proceso deja de estar regido por los principios inquisitorio y dispositivo, para dar lugar al social, fundado en el principio de compensación;[12] o bien, se amplía el concepto de litigio, para dar paso al conocimiento de conflictos que anteriormente sólo podían ser conocidos a través de la fundación de un derecho subjetivo, mientras que ahora se habla de un acceso a la justicia más generalizado; o, por último, se amplía el elemento parte, otorgándole al Estado esa posición, en un número creciente de casos.[13]

Así, podemos ver cómo estamos en presencia de un concepto de contenido cambiante, que responde tanto a las inquietudes como a los progresos de una sociedad, por lo que más que lograr una construcción aparentemente acabada y sistemática, se hace necesario ir buscando los elementos que en las distintas épocas la van configurando para poder apreciarla y entenderla en su totalidad.

2. *Órganos parajudiciales y parajurisdiccionales*

Además de la jurisdicción, se cuenta con una serie de instrumentos de naturaleza procesal, a través de los cuales es posible superar conflictos sociales de carácter colectivo o individual. Los mismos se encuentran dentro de la organización estatal, bien como órganos descentralizados o centralizados, aun cuando no cuenten con atribuciones de naturaleza jurisdiccional en sentido estricto. En los tiempos actuales es indispensable incursionar en el estudio de estas perspectivas,[14] puesto que, debido a los complejos y costosos problemas que la jurisdicción tradicional enfrenta, se hace necesario un nuevo tipo de órganos que de manera asequible, rápida y poco costosa permitan desahogar y dar solución a diversos tipos de conflictos.[15]

[11] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", en la misma obra de este autor citada con anterioridad, pp. 248 y ss.

[12] Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 3, 1965, p. 413.

[13] Un caso de este tipo se ha dado en el derecho argentino a través del caso Kot, en donde se otorgó amparo en contra de "actos de organismos públicos descentralizados o grupos de presión". Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas, 1982, p. 110.

[14] Ovalle Favela, José, "El derecho procesal", en *Las ciencias sociales y El Colegio Nacional*, México, coordinado por Héctor Fix-Zamudio, El Colegio Nacional, 1985, p. 33.

[15] Ovalle Favela, José, "Acceso a la justicia en México", en *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 67-125.

Es por ello que en la segunda parte de este trabajo nos avocamos a la revisión de algunos de estos órganos, interesándonos por ahora el estudio de la parajurisdicción. De antemano señalamos que ha sido poco estudiada, que la bibliografía es casi nula y que existe un desacuerdo sobre lo que comprende.

Para Carnelutti, "existen cometidos afines al judicial o conexos a él, a los que están adscritos órganos especiales, que hay que tener en cuenta en una sistematización completa de los elementos del proceso, me parece por ello oportuno darles el nombre de órganos *parajudiciales*".[16] Los casos que pueden darse de órganos parajudiciales son, para él, la conciliación, "cuando para su ejercicio se instituya un órgano especial", y la comisión del patrocinio gratuito.

Por su parte, don Niceto Alcalá-Zamora dice que son órganos parajudiciales aquellos que:

> Sin ser jueces y es más, incluso siendo partes o interesados (por ejemplo: juntas de acreedores, de herederos o de aspirantes a la herencia, en los llamados juicios universales) adoptan determinadas resoluciones y acuerdos en un proceso. Se hallarían, pues, los órganos parajudiciales en una posición intermedia entre la del juzgador y la de las partes, y los acuerdos y resoluciones de ellos provenientes tendrían la naturaleza de actos mixtos, a saber: de parte, por su *origen*, y cuasijurisdiccionales por su *finalidad*.[17]

Para los autores citados, los órganos parajurisdiccionales tienen una extensión distinta y, por ende, varían en cuanto a sus funciones, pues son órganos que de una u otra forma intervienen en un proceso tradicional. Es decir, se presenta una ayuda, de participación o de desahogo en ciertas etapas o para determinados actos, pero siempre, y aquí es en donde insistimos, alrededor de un proceso concreto. Ovalle Favela, al estudiar los juicios universales, considera como una característica de éstos la intervención de órganos parajudiciales, entre los que señala a las "juntas de interesados (aspirantes a la herencia, herederos instituidos, acreedores, etcétera)".[18]

[16] Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, UTEHA, 1944, tomo II, p. 209.

[17] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *ult. op. cit.*, p. 301; solución de litigios por órganos no arbitrales ni judiciales en el derecho mexicano, en *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, tomo I, pp. 458 y 459; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1978, p. 208.

[18] Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1984, p. 327.

Es por estas razones que tenemos que desechar la idea de que ciertos órganos recientemente creados[19] tengan naturaleza parajudicial, puesto que éstos desarrollan sus propios procedimientos sin inmiscuirse con los de otros órganos. La intervención que tienen en algunos casos como promotores o asesores, no les otorga esa categoría.[20] Por otra parte, ni la conciliación ni el arbitraje que se dan ante la Procuraduría Federal del Consumidor, por ejemplo, a pesar de estar instituidas, parajudiciales, no derivan ni se encuentran inscritas en un órgano de naturaleza jurisdiccional, y, por ende, no son conexos a él. Por el contrario, los conciliadores profesionales adscritos a los nuevos juzgados de arrendamiento inmobiliario del Distrito Federal, sí tienen dicho estatus.

Ahora bien, si los mencionados órganos no son parajudiciales, ¿en dónde podrán ser ubicados aquellos que tampoco son jurisdiccionales?[21] Podemos, para dar respuesta, establecer un símil y llamarle a este tipo de órganos *parajurisdiccionales*, por corresponderles las siguientes características:

A) Tanto la jurisdicción como la llamada parajurisdicción tienen el propósito de resolver pretensiones litigiosas,[22] sólo que de manera distinta debido a que las controversias son conocidas y resueltas por órganos de diversa naturaleza, más que por el tipo de materias que les corresponden resolver.[23]

B) La característica más importante de la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales es la resolución coercitiva de los conflictos, mientras que los parajurisdiccionales deben tomar en cuenta diversos aspectos, tales como la "amigable composición",[24] por ejemplo, de tal manera que no pueden imponer sus resoluciones, lo pueden hacer sólo en casos especiales.

[19] Procuraduría de la Defensa del Menor, Procuraduría Federal del Consumidor, Procuraduría de la Defensa del Trabajo, Procuraduría de la Defensa del Inquilino del Estado de Michoacán.

[20] Asi, por ejemplo, el artículo 59, fracción III, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

[21] Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", en *Estudios de derecho procesal*, p. 263.

[22] Alcalá-Zamora, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, pp. 57 y 58.

[23] ¿Qué problema habría en pasar la competencia para conocer de las faltas y violaciones cometidas por los menores a órganos con capacidad jurisdiccional?, o bien, ¿qué representaría el que los conflictos proveedor-consumidor fueran conocidos por tribunales de primera instancia en materia de protección al consumidor, por ejemplo?

[24] Ovalle Favela, José, *ult. op. cit.*, p. 264. Artículo 58, fracción III, de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

C) En ambos casos está frente a un funcionario público (*lato sensu*), quien regula el desarrollo y hace cumplir las leyes del proceso y, en su caso, dicta una resolución para dar fin al litigio;

D) Ambos tipos de órganos pueden aplicar sanciones, variando el grado de autoridad con que son impuestas y ejecutadas, puesto que en el caso de los jurisdiccionales tienen autonomía, mientras que los parajurisdiccionales se valen de un órgano administrativo para hacerlo.

Por lo anterior, podemos considerar a los órganos parajurisdiccionales como aquellos que de una manera colateral a los jurisdiccionales, y sin tener atribuida esta última función, actúan bajo distintos principios, conocen de conflictos y proponen soluciones para su terminación de manera no imperativa.[25]

3. *El Estado social de derecho*

El estado social de derecho nace para el mundo en 1919, debido al estancamiento y difusión de los principios motores de la Constitución de Weimar. A pesar de ser la Constitución mexicana la primera de corte social, fue conocida hasta años después, cuando el constitucionalismo social ya se había desarrollado teóricamente.[26]

Dada la revolución francesa de 1789, cuyas ideas se extendieron a grandes grupos en busca de mejores condiciones de vida en contra del tipo de organización prevaleciente, se inició un cambio de mentalidad en el mundo occidental, con la idea de lograr una igualación jurídico-formal entre todos los hombres, para que éstos pudieran aspirar a una libertad que les permitiera alcanzar la plena felicidad.

En contra de una forma de Estado en el cual el pueblo no tenía participación, se busca establecer otra en que las decisiones pudieran ser tomadas de acuerdo con el concenso mayoritario, con lo que tendría la posibilidad de elegir su propio destino y su propia vía de desarrollo, a partir de la elección del modelo de vida que más le pareciera.

Para lograr esa felicidad común se hacía necesaria la participación generalizada en la toma de decisiones, y de esta manera se encuentra que es a través de la promulgación de leyes de carácter general, expre-

[25] Las características de los consejos tutelares no se ajustan exactamente a estas ideas; pero es que en realidad el propio consejo es un organismo *sui generis* porque, de cierta manera, cumple funciones jurisdiccionales, y sus decisiones tienen carácter imperativo, y de otra, está basada en principios de protección, tutela e ininputabilidad que no la ajustan al modelo jurisdiccional tradicional.

[26] En contra de esta posición: Trueba-Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971, pp. 245-250.

sión de voluntad total, como se podría garantizar la marcha hacia el punto fijado. Al ser un proyecto de todos y para todos, no había ni la posibilidad de sustraerse, ni la posibilidad de diferenciarse para su cumplimiento. Es entonces cuando la ley alcanza su máxima expresión. Es la propia ley la palanca para el futuro, ella puede intervenir en todo y para todo, porque todo y todos pertenecen y son la nación. El único obstáculo existente es el respeto a los derechos del hombre: un conjunto de limitaciones establecidas al poder político, a través de los cuales se ha logrado una abstención del poder para no afectarlas, pues por esa abstención se facilitaría el arribo de la felicidad.

El poder político jugaba entonces un papel aparentemente pasivo, ya que se suponía que por la simple regulación de la sociedad por medio de ciertas leyes, y por su no intervención en ciertos campos, se lograría un creciente perfeccionamiento general. Las decisiones unilaterales, las diferencias formales, la ausencia de mecanismos de control al poder público, la concentración del poder, desaparecerían para siempre.[27]

El conjunto de las ideas anteriores dan nacimiento al llamado Estado de derecho. Éste se caracteriza, fundamentalmente, por cuatro notas:

a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general;
b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial;
c) Legalidad de la Administración: actuación según la ley y suficiente control judicial;
d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.[28]

En este tipo de Estado, el poder político se concreta, teóricamente, a permitir a todos los hombres una actuación formalmente igualitaria dentro de la sociedad. Este principio se da de manera menos amplia de lo que se ha creído, pues está implícita la conservación de la posición política que favorece a unos en perjuicio de otros, permite determinadas acciones en determinados momentos y en otros no, establece alianzas con los grupos o élites que sirven de sustento a ese poder, legisla buscando la protección de algunos, etcétera. No es un simple gendarme, sino un gendarme que actúa con bastante apego a una ordenación que él mismo se da.

[27] Prelot, Marcel y Jean Boulois, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, Dalloz, 1978.
[28] Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática. Cuadernos para el diálogo*, Madrid, 1979.

De esta alianza surge el fenómeno llamado liberalismo económico. Este liberalismo se caracterizó por la preservación, por parte del Estado, de una amplia actuación de la burguesía nacional, para permitir un control hegemónico europeo a nivel mundial. La clase capitalista, apoyada por su Estado nacional, pudo, dentro del marco de la revolución industrial general, lograr un desarrollo sin precedentes a costa de sus clases económicamente inferiores y de naciones enteras en el marco de la política colonial de la segunda mitad del siglo XIX.

Para los menos favorecidos, las condiciones de vida se hacían cada vez más difíciles. La participación democrática, la relación capital-Estado, el proceso creciente de industrialización, la aparente igualdad de y ante la ley, etcétera, no eran sino condicionantes a su desarrollo. Es entonces cuando surge la necesidad de que el Estado intervenga para otorgar ciertos satisfactores mínimos que protejan a esas clases poco favorecidas, en un intento por legitimarse y protegerse ante ciertos movimientos de tipo social.[29]

El Estado intervino entonces para disminuir la presión que se formaba a su alrededor. Los intelectuales, los economistas, las agrupaciones obreras, empiezan a exigir el control por parte del Estado de ciertas actividades para evitar, o al menos aminorar, algunas injusticias. Por otra parte, es el mismo capital nacional el que, al darse cuenta del establecimiento de hegemonías (Inglaterra, Estados Unidos), busca que sea su mismo Estado quien intervenga en su defensa (aranceles, créditos, control de precios).

Es de esta forma como pasamos de un Estado liberal que se limita, o que lo limitan, a uno que actúa, a uno que requiere moverse para legitimar su presencia ante los marginales, y para ayudar a resolver el creciente número de contradicciones que enfrenta el capitalismo.

La concepción del Estado cambia con el tiempo, y lo que empieza como la búsqueda incipiente de protección termina por volverse una aspiración al otorgamiento de satisfactores materiales, a tal grado que en la actualidad, y debido a circunstancias que más adelante veremos, se cuestiona la capacidad de satisfacción del modelo en los países desarrollados.[30]

Si en aquel entonces se buscaba que los aspectos sociales estuvieran regulados por la economía, se hacía necesario atacar los problemas a través de una posición de este tipo.Es J.M. Keynes quien da vuelta

[29] O'Connor, James, *op. cit.*, Wolfe, Alan,, *Los límites de la legitimidad,* México, Siglo XXI, 1982.

[30] O'Connor, James, *op. cit.*; Rosanvallon, Pierre, *op. cit.*

a las consideraciones económicas y plantea la respuesta a los desajustes que se venían sufriendo, al publicar su célebre obra en 1936.[31]

Mediante esta posición novedosa, se busca otorgarle al Estado el papel de regulador de la economía, de tal manera que:

> En su vertiente económica, el Estado social, como Estado keynesiano, manipula y dirige la acumulación de capital en aras de salvar el ciclo económico: su intervención se dirige al consumo, a la producción y a la distribución. En cuanto al consumo, se convierte en un factor indispensable para mitigar el cataclismo del ciclo económico en su fase descendente. Respecto a la producción, cumple funciones semejantes y en la distribución es en donde el gasto social e improductivo del Estado articula el nivel político y el económico. En él se inserta la necesidad de la legitimación y del consenso, así como la del consumo estatal como factor anticrisis.[32]

A partir de esta concepción, se busca que el Estado logre redistribuir los ingresos percibidos por medio de la tributación, tenga una mayor actuación en la regulación económica, otorgue a las grandes mayorías ciertos mínimos de bienestar, seguridad económica en lo relativo al empleo, asistencia médica y diversión, establezca un sistema de planeación, y otras similares, conservando este nuevo modelo los aspectos esenciales del Estado de derecho presentes en el liberalismo.[33]

Esta forma estatal alcanza su máxima expresión en los países europeos, en los Estados Unidos y en algunas otras naciones industrializadas. Se desarrolla sobre todo a partir de la crisis del 29, se suspende por la segunda gran guerra, y se reanuda con inusitada fuerza en el periodo de posguerra, al reconocerse en los países anteriormente contendientes el constitucionalismo social.

El número de servicios que el Estado requiere prestar provocan un crecimiento en la administración en perjuicio de los poderes restantes, a tal extremo de que se ha llegado a hablar del siglo del poder ejecutivo, lo cual no es sino uno solo de los efectos gigantescos que produce esta nueva forma de Estado.

Los problemas que el actual modelo estatal presenta son producto de su propia lógica, ya que, en primer lugar, existe la presencia de ciertas

[31] Keynes, J.M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, 1980.

[32] De la Garza Toledo, Enrique, *Contribución al estudio del Estado-social autoritario*, México, UAM, 1984, p. 99.

[33] Díaz, Elías, *op. cit.*, p. 96; García Pelayo, Manuel, *El Estado social y sus implicaciones*, México, UNAM, 1975, pp. 21 y 22.

formas de liberalismo, a mantener las condiciones prevalecientes en periodos anteriores.

En segundo lugar, se da la concurrencia de un régimen social con uno de economía de mercado. Desde este punto de vista, el Estado tiene que moverse de acuerdo con distintos grupos, unos de los cuales exigen cada vez mayores prestaciones, las que de no concederse pueden provocar una crisis de legitimidad. Otros grupos, por su parte, exigen el mantenimiento de las condiciones imperantes, lo que puede provocar, en caso de no conseguirse esto, una crisis de racionalidad que, debido a la integración de dominio cultural, puede devenir en una de legitimidad.[34]

Todos estos factores, aunados a otros que no consideramos por no ser objeto del tema, provocaron la necesidad de nuevas formas de actuación estatal en diversos ámbitos, uno de los cuales fue la jurisdicción. Para dar debida satisfacción a los intereses litigiosos, se hizo necesario modificar los lineamientos tradicionales, de aquélla, con lo que se dio nacimiento a la llamada jurisdicción de contenido social.

4. *La jurisdicción de contenido social*

Líneas atrás mencionamos cómo los cuatro elementos componentes de la jurisdicción cambian conforme evolucionan las concepciones sociales o el papel que al Estado le corresponda desempeñar. Por lo que respecta al proceso, uno de los elementos de la jurisdicción, en la actualidad, presenta tres modalidades, las cuales van teniendo mayor o menor influencia dependiendo del tiempo y la materia.

Estas tres modalidades son: el principio dispositivo, que es "aquel que permite a las partes disponer del proceso —monopolizando su iniciativa e impulso, así como fijando su objeto— y disponer del derecho sustancial controvertido";[35] el principio inquisitorio, en el cual le corresponde al juez, y no a las partes, "la afirmación de los hechos trascendentes, así como (la obtención) de las pruebas en juicio o (la manera de) obtenerlas, con la consiguiente intervención de un órgano del Estado... de carácter imparcial, para regular el desarrollo de la controversia en vista del interés público en su composición",[36] y el principio, social, el cual "se caracteriza por la protección de la parte débil, y por este motivo implica un desequilibrio necesario para lograr la

[34] Gil Villegas Montiel, Francisco, *op. cit.*, p. 191.
[35] Ovalle Fabela, José, *Derecho procesal civil*, p. 7.
[36] *Ibidem.*

igualdad por compensación, de manera que pueda llegarse a la igualdad social de las partes, por encima de la simple igualdad formal".[37]

De alguna manera, este cambio en la concepción procesal del individualismo al de "la igualdad por compensación",[38] le da nueva dirección a los otros elementos de la jurisdicción, puesto que cambian el papel de las partes, del juzgador, y recoge, y es expresión de los derechos sustantivos incipientemente consagrados. Como dice el maestro Fix-Zamudio:

> De este principio esencial de compensación derivan una serie de lineamientos procesales (y más ampliamente jurisdiccionales) inspirados en el carácter social de la controversia, y así observamos la tendencia a reducir al mínimo la forma de los actos procesales, a invertir en algunos casos la carga de la prueba en beneficio de la parte que se supone menos fuerte, a impulsar oficiosamente el procedimiento, a establecer jurisdicciones especiales, cuyos miembros están facultados a resolver los conflictos de manera equitativa y no estrictamente legal, además de las obligaciones de los citados juzgadores para suplir los errores de las partes que carecen de asesoría técnica, para recibir el material probatorio indispensable para descubrir la verdad material, etcétera.[39]

En México contamos con varios organismos jurisdiccionales de naturaleza social, como son, por ejemplo, las juntas de conciliación y arbitraje, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, la justicia agraria, el amparo social, y, más recientemente, los juzgados en materia de arrendamiento y en materia familiar.

Por otra parte, dentro de lo que hemos dado en llamar órganos parajurisdiccionales, y tomando por analogía las características dadas para el principio social, se puede hablar de una parajurisdicción social. Este tipo específico se ha manifestado hasta ahora en todos los órganos creados en nuestro país, lo que no necesariamente tiene que suceder, ya que esto depende de la materia sobre la cual se aplique.[40]

[37] Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, p. 413.

[38] Couture, Eduardo J., "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", en *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, tomo I, Depalma, 1978, p. 275.

[39] Fix-Zamudio, Héctor, *ult. op. cit.*, p. 413.

[40] Por ejemplo, si se estableciera un tipo de órganos en las delegaciones políticas que tuvieran por objeto proponer soluciones a las partes afectadas por accidentes de tránsito imprudenciales de donde resultaran lesiones simples o daño en propiedad

III. Dos casos de jurisdicción de contenido social en México

1. *Juzgados de lo familiar*

El desarrollo completo de este punto debe contemplar dos aspectos diversos, como son el procesal y el orgánico, para analizar tanto los órganos de impartición, como los aspectos propios del proceso. Sin embargo, haremos referencia, primordialmente, a los aspectos orgánicos, para determinar, desde este ángulo, la situación actual y las probables perspectivas de la jurisdicción de contenido social. Sólo al final indicaremos las características procesales que de manera constante se presenten.

Como se sabe, y como tradicionalmente ha sucedido en nuestro país, las formas iniciadas en los distintos ordenamientos de las entidades federativas tienen su origen en los del Distrito Federal. En el caso de los juzgados de lo familiar, todas las reformas estatales se inspiran en la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, promulgadas mediante Decreto de fecha 24 de febrero de 1971, publicado el 18 de marzo del mismo año.

Dichos juzgados de lo familiar se crearon como juzgados especializados de primera instancia,[41] con competencia para conocer de los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar; de los negocios contenciosos relativos al matrimonio, a su ilicitud o nulidad; de las modificaciones a los actos del registro civil; de las cuestiones relativas al parentesco, alimentos, filiación, patria potestad, interdicción, y patrimonio de familia; de los juicios sucesorios, y de los demás asuntos relativos al derecho familiar (artículo 58).

Por otra parte, y dentro de las llamadas garantías judiciales, las que, como se recuerda, son la remuneración, la responsabilidad, la estabilidad y la designación, según acertada clasificación hecha por el maestro Fix-Zamudio,[42] los juzgados de lo familiar se hallan en una débil posición, puesto que al formar parte de los tribunales del Distri-

ajena, de tal manera que en caso de no llegarse a un acuerdo, y previa la querella correspondiente se turnará el asunto al ministerio público, no habría por que considerar al órgano parajurisdiccional como de tipo social, puesto que el tipo de asuntos que se le están encomendando no tiene esa naturaleza.

[41] Carpizo, Jorge, "La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje en México", en *Estudios de derecho constitucional*, México, UNAM, 1982.

[42] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, número 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 332-336.

to Federal, se encuentran afectados por las carencias. Dentro de las pocas garantías que les corresponden, tenemos que el nombramiento de los jueces, (artículo 28, fracción I), la imposición de sanciones (artículo 303) y lo relativo a la creación o suspensión de juzgados (artículo 28, fracción VIII), son facultades del pleno del tribunal.

Estas características van a repetirse de manera constante en los juzgados de lo familiar creados en las distintas entidades federativas, cuyas leyes orgánicas hemos analizado, y enumeramos a continuación, señalando después del nombre del estado, la fecha de publicación del Decreto que les da nacimiento: Aguascalientes (18 de marzo de 1980); Baja California (20 de septiembre de 1980); Baja California Sur (20 de junio de 1977); Campeche (4 de diciembre de 1980); Coahuila (15 de octubre de 1980); Chiapas (9 de septiembre de 1981); Chihuahua (30 de marzo de 1981); Durango (28 de agosto de 1980); Hidalgo (16 de julio de 1982); Jalisco (16 de diciembre de 1983); México (2 de febrero de 1980); Morelos (17 de noviembre de 1980); Nayarit (18 de diciembre de 1981); Nuevo León (10 de enero de 1979); Oaxaca (16 de diciembre de 1981); Puebla (23 de septiembre de 1983); Querétaro (15 de enero de 1981); Quintana Roo (12 de marzo de 1981); Sinaloa (5 de diciembre de 1980); Tabasco (20 de febrero de 1980); Tamaulipas (11 de junio de 1980); Yucatán (29 de octubre de 1982).[43]

Para no llegar a repeticiones excesivas, trataremos de establecer una característica de los órganos jurisdiccionales de naturaleza familiar, existentes en los distintos estados. Los elementos clasificadores serán: competencia, nombramiento, responsabilidad, estabilidad y creación de juzgados.

A) *Competencia.* Los tribunales aceptan dos grandes criterios: *a)* cuando los mismos aceptan lo dispuesto por la Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito Federal, y conocen de los juicios sucesorios, y *b)* aquellos que no conocen de este tipo de juicios, con la salvedad del estado de Oaxaca, que no lo precisa.

Entre los estados que siguen al Distrito Federal, tenemos las dos Bajas Californias, Colima, Coahuila, Chiapas, Durango, Jalisco, México, Morelos, Puebla (siempre y cuando las partes sean menores o

[43] Gran parte de estos datos nos fueron proporcionados por nuestro amigo y compañero Oscar Rodríguez Santiago, a quien agradecemos su apoyo. Las leyes de Coahuila, Colima, Michoacán, San Luis Potosí y Tlaxcala no fueron encontradas. Guanajuato, Guerrero, Sonora, Veracruz y Zacatecas no cuentan, al parecer, con este tipo de órganos jurisdiccionales.

incapacitados), Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán. Los que no lo siguen son Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Hidalgo, Nayarit y Nuevo León.

B) *Nombramiento de los jueces de lo familiar.* En general, el nombramiento de los jueces de lo familiar corresponde a la persona u órgano que designa a los jueces de primera instancia, puesto que, jerárquicamente, ambos han sido asimilados.

Los nombramientos pueden ser hechos por: *a)* el pleno de los distintos tribunales superiores en: Aguascalientes, las dos Bajas Californias, Campeche, Coahuila, Chiapas, Chihuahua, Durango, Jalisco, México, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, y Yucatán; *b)* por otro tipo de órganos, como es el caso de Hidalgo (nombramiento a cargo del gobernador de entre la terna propuesta por el pleno del tribunal); Morelos (nombramiento por el pleno de entre la terna presentada por el Ejecutivo); Nuevo León (nombramiento por el pleno a propuesta del Ejecutivo); Oaxaca (ejecutivo propuesta del pleno).

Es conveniente señalar que en ningún estado se exigen requisitos especiales para ser designado juez de lo familiar, lo cual no deja de extrañar dadas las características particulares del derecho familiar.

C). *Responsabilidad.* En este punto nos referimos a la manera como los jueces de lo familiar pueden ser removidos a causa de la responsabilidad en que incurran. De este modo, se presenta una situación en la que la remoción se hace por el pleno del tribunal sin seguir un procedimiento claramente determinado, y otra en que, sí bien es cierto que también la realiza el pleno del tribunal se establece un procedimiento previo y definido para lograrla.

Casos del primer tipo se dan en Baja California, Chihuahua, Durango, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, Nuevo León (ver lo relativo a estabilidad), Nayarit, Oaxaca, Puebla (ver estabilidad) y Querétaro. Mientras que del segundo tipo los tenemos en los estados de Aguascalientes (debe ser escuchado el juez previamente por el pleno), Baja California Sur (el Congreso local debe retirarles la inmunidad procesal de que gozan), Campeche (véase estabilidad), Coahuila (faltas plenamente justificadas y juicio previo de responsabilidad), Quintana Roo (los que tengan más de tres años sólo podrán ser removidos por delito grave), Tabasco (véase estabilidad), Tamaulipas (causas previstas en la Constitución local) y Yucatán (juicio previo de responsabilidad).

D) *Estabilidad.* Esta importante garantía[44] se encuentra dividida en nuestro país en dos grandes corrientes, como son:

a) Aquella en la que las leyes orgánicas señalan la estabilidad mediante término específico o inamovilidad, como Baja California Sur (inmunidad procesal); Campeche (duración de seis años en el cargo, y en caso de confirmación inamovilidad); Hidalgo (designación por dos años, y en caso de llegar a ocho, inamovilidad); Morelos (seis años); Nuevo León (nombramiento por un año, trascurrido el cual, y a propuesta del gobernador se ratificará, y transcurridos tres alcanzarán la inamovilidad); Puebla (seis años); Quintana Roo (los ratificados al final del periodo por el Congreso, serán inamovibles); Tabasco (inamovibles); Tamaulipas (sólo pueden ser removidos por las causas señaladas en la Constitución); Yucatán (cuatro años), y

b) Aquella en la que no se prevé nada al respecto, como acontece en Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Chihuahua, Durango, Jalisco, México, Nayarit, Oaxaca, Querétaro (existe un sistema de escalafón) y Sinaloa.

E) *Creación de juzgados.* Esta es una importante atribución para los poderes judiciales, puesto que la creación acarrea la posibilidad de autorregularse y cierta autonomía presupuestal. Nuevamente encontramos, en cuanto a este punto, dos tendencias: *a)* La mayor parte de los juzgados son creados por los respectivos plenos de los tribunales superiores y *b)* sólo en los estados que a continuación mencionaremos se establecen por otros órganos: Aguascalientes (Congreso a propuesta del pleno); Oaxaca (Ejecutivo a propuesta del pleno), y Quintana Roo (Ejecutivo a propuesta del pleno). Los comentarios desprendibles de estos datos serán utilizados cuando planteemos nuestras conclusiones, bastando por ahora esta caracterización. Cabe señalar que el 26 de febrero de 1973 se modificó el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para agregarle el título decimosexto, relativo a las controversias del orden familiar. Se incluyeron en él algunos principios de carácter general, como son: considerar de orden público todos los problemas inherentes a la familia; facultar la intervención de oficio por parte de los jueces en relación a los asuntos familiares, y establecer la obligación de asesoramiento profesional a una de las partes cuando la otra no esté asesorada (artículo 943).

A pesar del establecimiento de órganos especializados, del reconocimiento del principio inquisitorio, de la elaboración de estudios doc-

[44] Fix-Zamudio, Héctor, *ult. op. cit.*, p. 335.

trinales, etcétera,[45] no se ha modificado profunda y definitivamente el proceso familiar, de tal manera que se convierta, por sí mismo, en impulsor de la justicia.

En el Distrito Federal se suprimió en el año de 1973 la vía sumaria, para pasar el cúmulo de supuestos a la ordinaria y conservar algunos como especiales. Dentro de estos últimos se encuentran varios de naturaleza familiar, que antes eran sumarios o sumarísimos,[46] como son los de alimentos; calificación de impedimentos para contraer matrimonio; diferencias entre los cónyuges sobre educación de los hijos o bienes comunes; oposiciones de padres, maridos o tutores, y "las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial". La vía especial tiene sus reglas propias, en las que hay celeridad, oficiocidad, inmediatez, compensación, etcétera; sin embargo, no se han incluido todos los conflictos familiares en ella, lo cual, dado que se presupone la similitud de la materia, podría ser un elemento de renovación para superar los cambios meramente orgánicos.

Lo anterior lo recalcamos debido a que son muchos los estados que imitando a la legislación del Distrito Federal han decidido suprimir ciertos tipo de vías y crear otras para dividir entre ellas las contiendas de orden familiar; mientras que algunos han respetado el sistema anterior, y los juicios familiares siguen conociéndose en vía ordinaria, sumaria o sumarísima, sin modificación alguna.

Preguntémonos ¿para qué sirve un cambio en cuanto al tratamiento de determinados problemas, si dejamos persistir sus ancestrales vicios procedimentales? Para el conocimiento de esta clase de asuntos, la aspiración es un nuevo tipo de órgano, en el cual el juez no sea un productor de sentencias, sino en donde éste intervenga profundamente en el proceso, y trate de ir más allá de la simple verdad que parece desprenderse de autos. Lo anterior no podrá darse si de raíz y verticalmente no se imponen soluciones procedimentales más justas y flexibles para colaborar con la buena voluntad que del juzgador se presume.

Sería interesante ahondar, cuestión que por espacio y tiempo dejamos de lado, en la posibilidad de implantar un procedimiento especial y general para todas las controversias familiares. General, porque funcionaría para todos los asuntos de tipo familiar según su naturaleza (contenciosa, voluntaria, etcétera), y especial porque se seguiría exclusivamente con ellos.

[45] Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, pp. 275-279.

[46] Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 1981, p. 260.

2. *Juzgados en materia de arrendamiento*

El segundo de los órganos jurisdiccionales que deseamos tratar es el juzgado de arrendamiento. Al establecerse estos órganos, se dio un conjunto de reformas que afectaron disposiciones sustantivas, adjetivas y orgánicas, mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial* del día 7 de febrero de 1985. En razón del tema elegido, analicemos rápidamente los dos últimos aspectos.

Por lo que toca al procedimiento, podemos señalar las variaciones siguientes: primera, se otorgan amplias facultades a los juzgadores para que intervengan y decidan en el proceso lo que conforme a derecho proceda (artículo 957); segunda, se establece una auténtica audiencia de conciliación, la cual tendrá verificativo dentro de los tres días siguientes a la fecha de entrega del citatorio respectivo (artículo 959); tercera, a partir de la fecha de celebración de la audiencia conciliatoria, y sólo en aquellos casos en que no se presente el demandado o no se llegue a conciliación, se procederá a emplazar, otorgando un término de cinco días para dar contestación a la demanda (artículo 961); cuarta, en caso de que el arrendatario no dé contestación a la demanda o a la reconvención, se considerará que niega los hechos y el asunto continuará en todos sus términos; quinta, una vez producida la contestación, se abrirá un término probatorio por diez días, pudiendo ofrecer las partes cualquiera de los medios reconocidos en el mismo Código, con la novedosa aplicación de sanciones para todos aquellos que traten de retardar el juicio en esta etapa (artículo 963); sexta, la audiencia de pruebas y alegatos, predominantemente oral, se realizará dentro de los ocho días siguientes al del cierre de la etapa de ofrecimiento (artículo 964); séptima, una vez formulados los alegatos por ambas partes, el juez citará a sentencia, la que deberá dictarse en ese momento o dentro de los ocho días siguientes (artículo 964); octava, ninguno de los incidentes suspenderá el procedimiento, sino que se sustanciará con un escrito de cada parte, en audiencia celebrada dentro de los ocho días siguientes, debiéndose resolver en la misma (artículo 965); novena, la sentencia definitiva es apelable en ambos efectos, mientras que las interlocutorias y los acuerdos lo serán sólo en el devolutivo, de conformidad con las reglas relativas a los medios impugnativos (artículos 966-968).[47]

[47] Pérez Duarte, Alicia, "El título decimocuarto bis del Código de Procedimientos Civiles para el D. F. ¿Una reforma social?, *Estudios en Memoria de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, IIJ, 1987, pp. 123 y ss.

Por lo que se refiere a lo orgánico, debemos destacar la creación de los juzgados de arrendamiento inmobiliario como tribunales de primera instancia especializados en el conocimiento de "todas las controversias que se susciten en materia de inmuebles destinados a habitación, comercio, industria o cualquier otro uso, giro o destino permitido por la ley" (artículo 60-*D*).

También se estableció, con el propósito de darle vida a las disposiciones previstas en materia de conciliación, que los conciliadores deben reunir los mismos requisitos que señala la Ley Orgánica para los juzgados de lo civil, siendo sus atribuciones: estar presentes en la audiencia de conciliación; escuchar las pretensiones de las partes y provocar su avenimiento; dar cuenta de inmediato al titular del juzgado de la aprobación de los convenios, e informar diariamente al juez de los resultados logrados en las audiencias de conciliación en que intervengan (artículo 60-*F*).

Del conjunto de estas disposiciones vale la pena retener dos ideas:

Primera: el establecimiento de la conciliación es un precedente importante, puesto que aun cuando esta audiencia pareciera alargar el proceso y los costos de impartición de justicia, sucede todo lo contrario, puesto que el asunto tiene grandes posibilidades de llegar a una solución que evite una tramitación excesivamente larga y costosa, puesto que dentro de unos cuantos días se puede resolver. Los conciliadores, como puede verse, deberán estar dispuestos a conocer exclusivamente de los casos en la etapa conciliatoria, lo cual les permite estudiar debidamente el negocio y proponer soluciones adecuadas para darle fin.

Segunda: se consigue congruencia y de las reformas entre sí, en tanto que la caracterización hecha por el Código Civil es respetada y recogida en el de procedimientos civiles y en la Ley Orgánica, situación que no siempre se presenta.[48]

Las ideas que animan a los juzgados de arrendamiento son buenas, las que esperamos se vayan extendiendo a otros casos, no tanto para establecer innumerables procedimientos de excepción, sino para que por medio de principios particulares se llegue a reformar el concepto en lo general.

Hasta donde sabemos, este tipo de juzgados no se han extendido a otros estados de la República; sin embargo, Aguascalientes, Coahuila, Colima, Michoacán, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Veracruz y Yucatán

[48] Los órganos conciliadores para los juzgados de arrendamiento inmobiliario son un caso típico, como lo señalaba Carnelutti, de órganos de naturaleza parajudicial. *Op. cit., supra* nota 16.

han reformado su Código Civil para darle un tratamiento especial al arrendamiento.

Por otra parte, en Michoacán se creó el 27 de septiembre de 1983 la Dirección de la Defensoría del Inquilino, a la cual se le otorgaron funciones para asesorar en materia de arrendamiento; asesorar y patrocinar cuando se compruebe la desventaja de la defensa; pugnar para que los asuntos se substancien por la vía conciliatoria; proponer al ejecutivo modificaciones a la legislación vigente a efecto de actualizarla, entre otras.[49]

IV. Algunos órganos parajurisdiccionales en México

En el capítulo II hemos proporcionado los elementos característicos de los órganos parajurisdiccionales. Para no repetir, consideremos lo dicho al respecto, y entremos directamente al análisis de los ejemplos que nos hemos señalado.

1. *Procuraduría Federal del Consumidor*

El fenómeno de la protección al consumidor no es nuevo ni en el mundo ni es nuestro país.[50] Sin embargo, por buscar el presente trabajo destacar aspectos meramente procesales, no se hacen consideraciones de otro tipo.

En el *Diario Oficial* de la Federación del 22 de diciembre de 1975 se publicó la Ley Federal del Consumidor, la cual creó a la Procuraduría de la Defensa del Consumidor. A ésta se le otorgó el carácter de organismo descentralizado de naturaleza social con personalidad jurídica y patrimonio propios, y se le encomendó la función de proteger y promover los derechos e intereses de la población consumidora. Su domicilio se encuentra en la ciudad de México; pero puede establecer, debido a su carácter federal, delegaciones en las distintas entidades, para prestar un mejor servicio (artículo 58).

A pesar de ser considerada autoridad, la Procuraduría del Consumidor no puede actuar como órgano jurisdiccional, puesto que no "tiene

[49] Pérez Duarte, Alicia, *Las nuevas relaciones arrendador-arrendatario* (inédito).

[50] Cas, Gérard, *La défense du consommateur*, Paris, Presses Universitairs de France, 1980; Barrera Graf, Jorge, "La Ley de Protección al Consumidor", *Jurídica*, núm. 8, julio de 1976, pp. 179-232; Sánchez Cordero Dávila, Jorge, *La protección al consumidor al derecho del mercado* (Libro del Cincuentenario del Código Civil coordinado por él mismo), México, UNAM, 1978, pp. 225-247.

ni usurpa las funciones que corresponden a los tribunales ordinarios, ya que éstos conservan su jurisdicción y competencia".[51]

Entre las principales atribuciones de la Procuraduría se encuentran las siguientes: representar los intereses de la población consumidora ante toda clase de autoridades administrativas; representar colectivamente a los consumidores ante entidades u organismos privados; representar ante las autoridades jurisdiccionales a los consumidores, previo otorgamiento de mandato; proponer medidas encaminadas a la protección del consumidor; proporcionar asesoría gratuita a los consumidores; conciliar las diferencias entre proveedores y consumidores actuando como amigable componedor; actuar como árbitro cuando lo designen las partes, entre otras (artículos 59, 62 y 63).

Para nosotros, la facultad de arbitraje con que cuenta el organismo, es una de las más importantes. Al respecto, el actual procurador ha dicho: "Como árbitros, conmutamos justicia cuando las partes en pugna lo solicitan. Nuestro procedimiento estrictamente apegado a derecho, además de gratuito, elimina completamente trámites innecesarios, evitando subterfugios y argucias que exclusivamente se hacen valer para dilatar y hacer más costosos los juicios." [52]

José Ovalle Favela consideraba, en 1977, que el artículo 59 de la Ley Federal de Protección al Consumidor sufría de grandes defectos y omisiones,[53] los cuales, en su mayoría, fueron subsanados con las reformas aparecidas en el *Diario Oficial* del 7 de febrero de 1985. En la actualidad, y a raíz de las mencionadas reformas, la fracción VIII del artículo 59 establece las reglas por las cuales se deberán conducir la conciliación y el arbitraje.

Por lo que hace a la primera, se prevé que, al recibir las quejas y reclamaciones, se emplace al proveedor para que rinda un informe por escrito en un plazo de cinco días, pudiendo concluir ahí mismo el asunto en caso de que este último acepte satisfacer la queja. En el supuesto de que el prestador se hubiere comprometido a la reparación y no cumpliere con ella, o en caso de que no hubiere ofrecido la satisfacción de las reclamaciones, se citará a una audiencia de conciliación. De llegarse en ella a un acuerdo, se levantará un acta, la que obligará a las partes de pleno derecho.

[51] Ovalle Favela, José, *Algunos problemas procesales de la protección*, pp. 263 y 264.

[52] Pliego Montes, Salvador, "La defensa del consumidor en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXV, núm. 139-141, enero-junio de 1985, pp. 370 y 371.

[53] Ovalle Favela, José, *ult. op. cit.*, p. 264.

En caso de no llegarse a una conciliación, la Procuraduría invitará a las partes a que la designen como árbitro, en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho. En el primer caso se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje, y la Procuraduría resolverá en conciencia y buena fe guardada, observando las formalidades esenciales del procedimiento. En el segundo caso, las partes formularán un compromiso arbitral en el que fijarán las reglas de procedimiento que convencionalmente establezcan. Las resoluciones en juicio arbitral de estricto derecho, dictadas en el curso del procedimiento, admitirán como único recurso el de revocación, a menos de que las partes hubieren acordado su improcedencia en el compromiso arbitral. Por último, se establece que los laudos que dicte la Procuraduría traen aparejada ejecución, la que se hará efectiva mediante la intervención de los tribunales competentes (artículo 58, fracción VIII).

2. *Procuraduría de la defensa del trabajo*

La Ley Federal del Trabajo de 1970 conservó la figura de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, a la cual le otorgó las atribuciones siguientes: representar y asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos en las cuestiones que se relacionen con la aplicación de las normas de trabajo; interponer los recursos, ordinarios y extraordinarios procedentes, y proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos (artículo 530). Los servicios que preste este organismo serán gratuitos (artículo 534).

La Procuraduría de la Defensa del Trabajo se integra con un procurador general y con el número de procuradores auxiliares que se estimen necesarios para la defensa de los intereses de los trabajadores. Los nombramientos correrán a cargo del secretario del Trabajo y Previsión Social, de los gobernadores de los estados y del jefe del Departamento del Distrito Federal (artículo 531).[54]

Promulgada la nueva Ley Federal del Trabajo, se procedió a expedir un nuevo Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, el cual fue publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 2 de junio de 1975. En ella, se caracterizó a la Procuraduría como un organismo desconcentrado dependiente de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (artículo 1).

[54] Torres Jara, Ma. Teresa, "Funcionamiento de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo", *Revista Mexicana del Trabajo*, septiembre de 1967, pp. 94-100.

Para que los procuradores puedan proponer a las partes interesadas soluciones conciliatorias, deberán citar a ambas partes con una anticipación de 48 horas al día en que deba llevarse a cabo la diligencia, expresando en la notificación que corresponda el día, la hora y el sitio de la reunión. Si el patrón no acude a la cita, sin existir causa justificada para ello, podrán imponérsele las medidas disciplinarias que se estimen pertinentes de acuerdo con la gravedad de la falta (artículo 13).

Presentes las partes el día y hora señalados, el procurador correspondiente propondrá soluciones amistosas para el arreglo de las diligencias o conflictos, haciendo constar los resultados en actas. En todo caso, las juntas se someterán a las siguientes reglas: en caso de aceptarse por ambas partes la proposición formulada por el procurador, se dará por concluido el conflicto, levantándose el acta correspondiente, y en caso de no lograrse, el asunto se turnará al procurador general de Defensoría y Conflicto, para que proceda a ejecutar la acción correspondiente (artículos 14 y 15).

Este procedimiento de conciliación es muy adecuado, puesto que prevé la posibilidad de citar obligatoriamente a las partes y de proponerles soluciones alternativas para resolver el conflicto, por parte de una persona especializada y destinada exclusivamente a ello.

3. *Procuraduría de la defensa del menor y de la familia*

En los últimos años ha aparecido en nuestro país un organismo, al cual se le han conferido facultades para proteger al menor y a la familia. Éste existe en gran cantidad de ordenamientos locales, no como organismo autónomo, sino como una simple dependencia del respectivo Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

En nuestra investigación, encontramos que sólo en los estados de Quintana Roo y Yucatán estos organismos se han establecido de manera independiente al DIF.

En Quintana Roo, mediante el Decreto publicado el día 30 de septiembre de 1978, se creó este organismo, el cual está encabezado por un procurador, quien es nombrado por el patronato del DIF estatal con la aprobación del gobernador (artículo 2), y con un delegado en cada uno de los municipios (artículo 3).

Entre las facultades que se le confieren destacan las siguientes: ser un órgano jurídico permanente de carácter público, con personalidad para representar a los menores ante todas las autoridades y dependencias que tenga relación con ellos; prestar asistencia y asesoría jurídica,

y patrocinar a los menores y a la familia, e "intervenir como gestor del bienestar social, procurando conciliar los intereses y mejorar las relaciones entre los miembros de la familia, con el objeto de lograr su cabal integración dentro de la comunidad" (artículo 7).

Por otra parte, mediante el Decreto 271 del 7 de marzo de 1979 se estableció en Yucatán la Procuraduría en cuestión, la que está encabezada por un procurador nombrado en los mismos términos que el de Quintana Roo (artículo 6). Las facultades son muy parecidas a las de este último estado, y se prevé, en este caso en el artículo 10 del citado Decreto, que la Procuraduría tendrá una función gestora y conciliadora para lograr la integración familiar y comunitaria.

Sin duda alguna, estas procuradurías pueden llegar a convertirse en auténticos órganos parajurisdiccionales, puesto que ante ellos, y con las características propias de la conciliación, se pueden resolver conflictos jurídicos, tales como los relativos a alimentos, divorcios, desavenencias familiares o algunos otros. Para que estos órganos lleguen a realizar debidamente funciones, deberán contar con los siguientes elementos: separación entre la Procuraduría y el DIF, como en los casos señalados; otorgamiento de facultades al procurador para citar obligatoriamente a las partes, apercibirlas e imponerles sanciones en caso de que no lo hicieren; establecer los lineamientos dentro de los cuales se desarrollará el procedimiento conciliatorio; incorporación de personal especializado (trabajadores sociales, médicos psicólogos) para que coadyuve en la resolución de los conflictos; establecimiento de conciliadores profesionales para que aporten soluciones que impidan el agravamiento del conflicto o que logren su resolución; posibilidad de que las resoluciones adoptadas por las partes ante la Procuraduría tengan fuerza vinculatoria para ambas.

No nos parece difícil sistematizar y poner en práctica estas ideas, pues de alguna manera los órganos que actualmente funcionan en los sistemas DIF las vienen realizando, aun cuando en forma empírica y sin una idea clara su finalidad. Parte importante de la autoridad de un órgano depende de los elementos que se le asignen. Sin embargo, otra parte es moral y no depende de las leyes. En el caso de estas procuradurías, en nuestras manos está lograr el primer aspecto.

V. Conclusiones

Primera: En los últimos años ha sido tan grande el cambio presentado en la sociedad, que se ha originado una revisión de la mayor parte

de las ideas sobre las cuales se sostenía. Esta revisión ha alcanzado al derecho y, sin duda alguna, ha modificado el papel que de espectador y regulador jugaba, para pasar a la actividad e intervención. Este cambio del derecho se encuentra en un plano más general, como es el del nuevo papel que el Estado se asigna o le asigna la sociedad.

Segunda: El Estado cuenta con innumerables mecanismos para conservar el control político y para resolver los conflictos que se planteen dentro de la sociedad, siendo uno de los más importantes el de la jurisdicción. Este concepto de jurisdicción no es estático, sino que juega un papel distinto dependiendo de las condiciones sociales reflejadas.

Tercera: Una manera clara de analizar la evolución del concepto de jurisdicción, así como del papel que juega, puede hacerse mediante el estudio de los cuatro elementos que la integran: juzgador, partes, litigio y proceso (siguiendo a don Niceto Alcalá-Zamora). Caracterizar a cada uno de ellos, encontrar sus interrelaciones, determinar su peso específico y encontrar su propio desarrollo, es el camino que debemos seguir para podernos plantear debidamente el singular problema de la jurisdicción.

Cuarta: En nuestros tiempos, y debido a los cambios que se han dado dentro de la sociedad, la jurisdicción juega un nuevo papel, resultado de los sustanciales cambios sufridos por sus elementos. La denominada jurisdicción de contenido social es una clara manifestación de este movimiento de manera tal que refleja una nueva concepción jurídica, alimentada por las nuevas tendencias aparecidas en el derecho sustantivo. De esta manera, podemos apreciar el nuevo papel que le toca cumplir al juez; la ampliación del concepto de parte; la regulación del proceso por nuevos principios, y la extensión del litigio para conocer nuevos tipos de casos.

Quinta: En nuestro país encontramos dos ejemplos recientes de este nuevo tipo de jurisdicción, como son los juzgados en materia familiar y en materia de arrendamiento inmobiliario. En ambos casos se presentan, principalmente, cambios de tipo orgánico que afectan al elemento juzgador; pocos en los restantes elementos en el caso de la justicia familiar, y algunos relativamente importantes en materia de arrendamiento, en donde se logran conjugar aspectos orgánicos, sustantivos y adjetivos.

Sexta: Nos parece que, y en tanto no se alcance el consenso necesario para modificar los elementos de la jurisdicción, se pueden establecer principios de excepción para cierto tipo de materias, de tal manera

que por medio de su accionar se alcancen los esperados cambios en lo que a la jurisdicción corresponde.

Séptima: La jurisdicción cuenta con una serie de órganos que tienen por objeto apoyar el desenvolvimiento del proceso en alguna de sus etapas. A este tipo de órganos se les ha dado en llamar parajudiciales, teniendo en nuestro país un ejemplo de ellos en los conciliadores adscritos a los juzgados en materia de arrendamiento inmobiliario.

Octava: Existe otro tipo de órganos de apoyo, llamados parajurisdiccionales, los cuales conocen de conflictos jurídicos entre particulares, buscando resolverlos por medio de la conciliación. Estos órganos no tienen facultades jurisdiccionales, aun cuando sirven como filtro para impedir que multitud de negocios lleguen a ellos.

Novena: Los órganos parajurisdiccionales están dotados de facultades para hacer comparecer obligatoriamente a las partes, proponerles soluciones que permitan llegar a acuerdos, y elevar estos últimos a la categoría de sentencia, de tal manera que sean obligatorios para las partes. Las materias de su competencia pueden ser muy variadas, tienen la facilidad de que pueden ser creados por el Ejecutivo, tener una determinada o indeterminada actuación, pueden llegar a ser sumamente especializados, o, en fin actuar bajo consideraciones igualmente flexibles.

Décima: México ha creado diversos órganos parajurisdiccionales, de los cuales hemos mencionado tres; mientras que las Procuradurías del Consumidor y de la Defensa del Trabajo están debidamente integradas y funcionando adecuadamente, las procuradurías de la defensa del menor deben recibir diversos apoyos, puesto que hasta la fecha actúan como gestoras y conciliadoras sin contar con un marco normativo adecuado.

Undécima: Sería deseable que en un futuro pudieran establecerse órganos conciliatorios que conocieran de ciertos asuntos con anterioridad al inicio del proceso, lo cual evitaría los inconvenientes del procedimiento tradicional además, se podría pensar en que estos órganos conocieran de aquellos conflictos que por sus características particulares no son considerados actualmente por la jurisdicción. En reglamentarlos debidamente, en crear conciencia de su utilidad y en otorgarles autonomía para que actúen adecuadamente, está el fundamento de su desarrollo y validez.

IL RUOLO DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE

(Rilievi di diritto comparato)

Vittorio DENTI *

1. Se si considera il modo col quale la funzione giurisdizionale viene esercitata nei diversi ordinamenti, il momento centrale della riflessione è rappresentato dall'ambito rispettivo dei poteri del giudice e delle parti; nella loro contrapposizione e correlazione dialettica. Guardando al processo civile, si è soliti affermare, con evidente semplificazione dei problemi, che nei sistemi di *common law* il giudice non esercita alcun ruolo attivo nella ricerca della verità, e, quindi, nell'accertamento dei fatti della causa, mentre, all'opposto, nei sistemi socialisti la funzione del giudice è essenzialmente inquisitoria, sullo stesso piano di quella del giudice penale; una soluzione intermedia, invece, è adottata nei sistemi di *civil law*, nei quali i poteri dispositivi delle parti sono integrati con iniziative d'ufficio del giudice. Come si è detto, si tratta di una eccessiva semplificazione di quella che è la realtà dell'amministrazione della giustizia nelle tre aree considerate, pur con l'avvertenza che lo spazio coperto dalle corti "civili" non coincide nei diversi sistemi, sia per la presenza di autonomi sistemi di giustizia amministrativa, o di arbitrati di stato, sia per la diversa oggettiva estensione delle materie che fanno parte della legislazione "civile" in senso proprio.

Se si considerano, ad esempio, i paesi di *common law*, se è vero che il modello del processo ordinario continua ad essere il processo *adversary*, o accusatorio, che è dominato dalle iniziative delle parti e attribuisce al giudice un ruolo di arbitro neutrale dell'osservanza delle regole del giuoco, è anche vero, da un lato, che si sono ampliati gli spazi per l'esercizio dei poteri d'ufficio del giudice (da quelli di *judicial notice* all'ammission di *expert evidence* per incarico giudiziale), e, dall'altro lato, che l'area di applicazione dell'*adversary system* si è notevolmente ridotta, in funzione di particolari esigenze di tutela, in particolare nel settore degli *small claims*. Per quanto riguarda i poteri

* Professore nell'Università di Pavia (Italia).

di *judicial notice*, il loro esercizio consente l'acquisizione al processo della conoscenza sia di *legislative facts*, sia di *adjudicative facts* al di là delle iniziative delle parti: nel primo caso *(legislative facts)* si tratta di ogni dato o nozione rilevante ai fini della individuazione ad interpretazione della *rule of law*, e quindi anche dell'acquisizione di tutte le informazioni di carattere scientifico, economico e sociale che possono influenzare le scelte di *policy* del giudice; nel secondo caso *(adjudicative facts)*, si tratta dei fatti, che pur appartenendo al contesto della singola controversia, rientrano nel patrimonio delle conoscenze generali della collecttività, e, come tali, non possono essere ragionevolmente contestati (nozione, questa, che è assai prossima a quella di "fatto notorio" secondo la tradizione di *civil law*). Per quanto riguarda, invece, la *expert evidence*, la tradizionale figura dell'*expert witness* come testimonio di parte si è andata attenuando, col diffondersi, soprattutto negli Stati Uniti e per particolari controversie, di *court experts*, incaricati dal giudice. Infine, l'esigenza di deformalizzazione del giudizio, e di attenuazione del modello *adversary*, ha influenzato la controversa esperienza delle *small claims courts*, nelle quali, almeno tendenzialmente, i maggiori poteri di iniziativa del giudice avrebbero dovuto controbilanciare la debolezza processuale dei litiganti appartenenti alle classi economico-sociali inferiori.

Pur con queste precisazioni, che pongono in evidenza l'evoluzione della tradizionale figura del giudice come garante formale della correttezza del procedimento, resta fermo il fatto che l'opinione tuttora largamente dominante nel mondo di *common law* continua a ritenere che la ricerca della verità nel processo sia più agevolmente perseguita mediante il metodo *adversary*, anzichè mediante l'attribuzione di poteri di iniziativa al giudice nell'acquisizione delle prove. Di questo convincimento si è trovata conferma in ricerche empiriche, che, attraverso ricostruzioni sperimentali di casi giudiziari, hanno posto a raffronto i due metodi (quello *adversary* e quello inquisitorio), pervenendo a dimostrare che il primo consente una maggiore approssimazione alla verità del secondo. Malgrado le critiche alle quali il modello puramente accusatorio è stato sottoposto, la sua resistenza sembra dovuta principalmente alla coerenza del modello con un'ideologia della funzione giudiziaria, che vede nel ruolo del giudice essenzialmente una garanzia di *fairness* nei rapporti sociali. La neutralità del giudice appare come un presupposto necessario di questa funzione di garanzia, che tanto meglio si realizza quanto più estraneo il giudice stesso rimane rispetto

alla contesa delle parti, senza modificare con i suoi interventi le regole del giuoco.

E' d'altronde significativo, per il comparatista, che, malgrado le profonde transformazione che la tutela giurisdizionale ha subito, nei paesi di *common law,* nel corso del secolo XIX, sia rimasta estranea alla cultura processuale quell'autonomia del processo dal diritto sostanziale, che ha costituito il fondamento delle costruzioni sistematiche in Europa, elaborate nell'ambito della c.d. concezione pubblicistica del processo civile. Il nucleo centrale del problema sta nell'estraneità alla tutela di *common law* della concezione del rapporto tra azione e giurisdizione come rapporto organico tra il privato e la funzione pubblica di attuazione della legge. Chiedendo la tutela giurisdizionale, il cittadino non ritiene di ricorrere ad un servizio pubblico, sullo stesso piano delle altre funzioni dello stato, quanto invece di difendere la propria sfera privata attraverso la garanzia delle procedure giudiziarie.

In questo modo di considerare il rapporto tra il cittadino e il giudice trova la sua giustificazione il fatto che il problema dell'accesso alla giustizia sia stato visto in quegli ordinamenti, piuttosto che come possibilità di accesso alle corti come pubbliche istituzioni, come fruibilita dei servizi professionali degli avvocati. E' significativo, infatti, che le istituzioni di *legal aid* abbiano avuto, sia in Inghilterra che negli Stati Uniti, un' evoluzione tra le più rilevanti dell'età contemporanea, sotto l'impulso dell'esigenza di consentire, nel processo, il combattimento ad armi pari, fornendo il *legal service* al cittadino cui le condizioni economiche non consentivano di avere un avvocato. Ed è rimasta estranea a questa evoluzione l'idea, radicatasi in Europa alla fine del secolo XIX, che la disparità delle armi potesse trovare un correttivo nella c d. funzione ausiliaria del giudice a favore del litigante debole.

2. La sostanziale funzione di garanzia neutrale svolta dal giudice negli ordinamenti di *common law* non deve indurre a trascurare altri aspetti del processo civile di quei paesi, che sembrano contrastare con i principi dell'*adversary system,* almeno nelle sue manifestazioni di più marcato individualismo. Intendo riferirmi a quelle procedure di *discovery* che appartengono alla fase pre-dibattimentale del processo e che sono preordinate a consentire alle parti, in vista del *trial,* di acquisire informazioni sui mezzi di prova di cui l'avversario intende avvalersi. La limitazione dei poteri istruttori del giudice nella fase del *trial* non sembra, infatti, coerente con i poteri coercitivi di cui il giudice

stesso dispone in questa fase preliminare, e che culminano nella possibilità di ricorso alle procedure di *contempt of court*. Infatti, si è da tempo rilevato che il *discovery* introduce un elemento inquisitorio nell' *adversary system* del processo di *common law*, anche se il ruolo attribuito al giudice appare piuttosto come una supervisione delle iniziative delle parti, che come esercizio di autonomi poteri istruttori.

E' tuttavia innegabile che, soprattutto nella più recente evoluzione del *discovery* nel diritto statunitense, il controllo del corretto funzionamento di questo strumento processuale si è andato accentuando, in tutti i tipi di *disclosure* che lo caratterizzano, dalla testimonianza orale e scritta alla produzione di documenti ed all'ammissione di circostanze di fatto rilevanti per la controversia. Infatti, il rifiuto di fornire le richieste informazioni comporta la possibilità di provocare un *order* da parte del giudice, il cui mancato adempimento può dar luogo all' applicazione di una gamma di sanzioni, che vanno dall'impedimento di produrre in giudizio le prove rifiutate, all'irrogazione di misure detentive, al rigetto in giudizio della domanda o dell'eccezione. Il problema centrale sembra attualmente quello di evitare eccessi ed abusi nell'utilizzazione dello strumento di *discovery*, problema che suggerisce, da un lato, una maggiore effettività del controllo sul comportamento delle parti e, dall'altro lato, l'atribuzione dei relativi poteri ad organi paragiudiziali, sul modello del *master* inglese. In particolare, si propone la introduzione di una *discovery conference*, sotto la direzione del giudice, allo scopo di delimitare l'ambito delle iniziative di parte ed i tempi della fase preparatoria del processo, attraverso una sua programmazione correlata con le effettive esigenze e con l'importanza della causa. Si afferma così un'esigenza di *management* della fase di *pretrial* che indubbiamente accentua la funzione del giudice, e restringe gli spazi della libera attività delle parti nella ricerca delle prove.

Nel considerare queste deviazioni dal modello tradizionale di *adversary system* non vanno, tuttavia, trascurati i fattori etici che influenzano, nei paesi di *common law*, sia l'atteggiamento generale del cittadino di fronte al giudice (e che sono alla base della perdurante vitalità di istituti come il *contempt of court*), sia, in particolare, la più attenuata difesa della *privacy*, rispetto agli ordinamenti di *civil law*, di fronte alla ricerca della verità nel processo. Da tempo è stato rilevato che questo atteggiamento è influenzato in larga misura da concezioni religiose, essendo nel protestante il senso della tutela dell'intimità della persona assai meno vivo che nel latino-cattolico. Basti pensare al diritto e dovere di testimonianza della parte, assoggettata non solo al

bianchi, tra consumatori e produttori, tra uomini e donne, tra ricchi e poveri, e via dicendo; cosi che l'interesse generale della colletività può risultarne talvolta posto in ombra. Tuttavia, le corti restano pur sempre l'ultima *chance* per quei cittadini, e soprattutto per le minoranze, che non trovano adeguata tutela nell'azione legislativa o amministrativa dello stato.

Il campo dove questo nuovo ruolo del giudice ha avuto più occasioni di manifestarsi è probabilmente quello della tutela dell'ambiente. Infatti, anche laddove è parsa più efficace la partecipazione di membri della collettività ai procedimenti ammnistrativi di formazione delle decisioni in materia ambientale, la garanzia di correttezza del comportamento delle publiche ammnistrazioni risiede pur sempre nel controllo esercitato dalle corti. E', infatti, l'azione per *judicial review* che consente questo controllo, sia sotto il profilo della *legality* che sotto quello dell'*adequacy* dell'attività amministrativa, il che comporta un raffronto tra l'attività stessa e gli *specified legal standars* fissati dalla legge.

Emerge così, attraverso la necessaria dimensione sociale della controversia, l'esigenza, per il giudice, di uscire dalla sua tradizionale passività, per acquisire, al di là delle iniziative delle parti, le informazioni sui fatti che appaiono necessarie per valutare i possibili effetti futuri delle decisioni, proprio per la loro idoneita a fornire modelli di comportamento aventi validità generale. Questa caratteristica delle controversie di rilevanza collettiva non solo ha condotto la dottrina statunitense a contrapporre al tradizionale *conflict resolution model*, proprio delle liti interindividuali, il c.d. *behavior modification* o *regulation model*, ma ha indotto a dubitare della validità di un concetto unitario di funzione giurisdizionale e addirittura della congruità di un sistema in cui le medesime istituzioni giudiziarie che decidono le controversie individuali siano chiamate anchi a statuire nella *public interest litigation* tra parti organizzate.

4. Come la caratterizzazione del processo civile di *common law* secondo le linee tradizionali dell'*adversary system*, così l'attributo di "inquisitorio" al processo dei paesi di *civil law* appare frutto di una eccessiva semplificazione del modello e finisce con l'essere in una certa misura fuorviante, anche di fronte a quello che sembra essere il più divergente dai principi dell'*adversary system:* il processo dei paesi socialisti.

E' vero, infatti, che nella legislazione processuale dei paesi di *civil law* appartenenti all'area occidentale i poteri d'ufficio del giudice in materia di acquisizione delle prove hanno conosciuto una progres-

siva estensione, fino ad assumere il carattere di regola generale: l'esempio più significativo è dato dall'art. 10 del c.p.c. francese del 1975, a norma del quale "le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles". Tuttavia, si tratta di un "potere" che ha, nel suo esercizio, carattere discrezionale ed è largamente facoltativo, in quanto resta ferma in quei processi la regola fondamentale dell'onere della prova, che è, infatti, ribadita dall'art. 9 del citato c.p.c. francese: "il incombe à chaque partie de prouver conformement à la loi les faits nécéssaires au succès de sa prétension". Se si considera che il modello effettivo di processo "inquisitorio" resta, in quei sistemi, il processo penale, al quale, infatti, è estraneo il principio dell'onere della prova (cui subentra, come regola di giudizio, la c.d. presunzione di innocenza dell'imputato), è agevole comprendere l'esigenza di non confondere la limitata collaborazione del giudice nella ricerca della verità col carattere "inquisitorio", in senso proprio, del processo.

Se mai, la differenza più netta tra i due modelli di processo civile si delinea nell'intervento del giudice nella fase di formazione della prova nel corso del giudizio. Nei processi di *civil law*, infatti, non solo spetta al giudice di formulare le domande in sede di interrogatorio delle parti e dei testimoni, sulla base del *thema probandum* in precedenza formulato, ma gli spetta pure il compito di rielaborare le risposte ai fini della formazione del processo verbale in cui l'assunzione della prova viene documentata. Ciò dipende essenzialmente dal fatto che destinatario della prova, nei sistemi di *civil law*, è sempre stato il giudice togato, il cui convincimento sui fatti la prova mira a formare. Nei paesi di *common law*, invece, il complesso delle regole sulla prova, e quindi non solo quelle che potremmo definire "sostanziali" (le *rules of exclusion*), ma anche quelle strettamente "processuali", intese a regolare la loro assunzione, ha avuto per destinataria la giuria, giudice esclusivo del fatto. Ancora oggi, malgrado lo spazio accentuatamente ridotto riservato alla giuria nei processi civili, il *corpus* delle regole probatorie è rimasto nella sostanza unitario ed abbraccia tutto l'esercizio della funzione giurisdizionale, sia civile che penale. Restano al di fuori di quest'area i procedimenti non giurisdizionali, come quelli che si svolgono avantiagli *administrative tribunals*, nei quali l'andamento dell'udienza orale è dominato da quel principio di *fair hearing* che è un aspetto delle regole di *natural justice* cui, secondo la giurisprudenza inglese, anche questi procedimenti debbono ispirarsi.

Se, dunque, l'effettivo modello "inquisitorio", nei paesi di *civil law*,

è quello che si realizza nel processo penale, in quanto dominato dal principio della ricerca della c.d. verità materiale e dall'integrale attuazione della regola del libero convincimento del giudice, è difficile considerare "inquisitorio" un sistema ancora largamente dominato dal fenomeno delle c.d. prove legali: dalle prove documentali alla confessione e al giuramento decisorio. All'origine di questa perdurante efficacia legale di taluni mezzi prova sta, peraltro, in misura tuttora rilevante, il potere dispositivo sostanziale delle parti, sia che esso si manifesti sul piano dell'autonomia negoziale di diritto privato (non si dimentichi che molte delle regole probatorie di *civil law* sono sorte sul terreno della prova dei contratti), sia che operi attraverso il riconoscimento del potere indiretto di disporre del diritto controverso, che è all'origine dell'ammissibilità tanto della confessione, quanto del giuramento. Ciò trova conferma nel fatto che le regole di prova legale cedono il campo al libero convincimento del giudice nei processi che vertono su diritti indisponibili, come gli *status* personali e familiari, ovvero sulle situazioni giuridiche la cui tutela è rafforzata dal legislatore mediante vincoli di relativa indisponibilità (come, ad esempio, i diritti del lavoratore). Se è vero, quindi, che il c.d. principio dispositivo in senso sostanziale (il *Dispositionsprinzip*) resta autonomo dal c.d. principio dispositivo in senso processuale (la *Verhandlungsmaxime*), è anche vero che, in processi retti dal principio della domanda, non soltanto la fissazione del *thema decidendum*, ma anche l'acquisizione delle fonti di convincimento del giudice resta, direttamente o indirettamente influenzata dall'esercizio dei poteri delle parti.

Se mai, si può rilevare che il principio *iura novit curia* presenta, nei sistemi di *civil law*, un significato ed un'estensione diversi da quelli dei sistemi di *common law*, e non soltanto per le differenze che esistono, ed alle quali si è già accennato, tra l'ambito rispettivo delle questioni di fatto e delle questioni di diritto. Anche dopo la liberalizzazione del sistema dei *pleadings*, infatti, l'allegazione dei fatti nel *complaint* resta indissolubilmente legata ad una nozione, come quella di *cause of action*, che è del tutto estranea al processo di *civil law* e che costituisce il necessario presupposto della individuazione del *remedy* cui mira l'attore. Questa rigidità di correlazione tra la *cause of action* e il *remedy* trova, peraltro, la sua contropartità nella latitudine di poteri del giudice di *common law* nell'individuazione dei *remedies*, al di fuori del campo proprio dello *statute law*. *Al contrario* il giudice di *civil law*, mentre è rigidamente vincolato alle fattispecie legali prefissate dal legislatore, fruisce di maggiori poteri nell'appli-

cazione della norma al fatto; operazione, questa, che pure rientra nell'amplio principio iura *novit curia* e che solitamente si qualifica come determinazione dell'esatto *nomen iuris* della pretesa.

Se si guarda al ruolo del giudice nella determinazione del *thema decidendum* della lite, appare ancora una volta come fuorviante una contrapposizione che non tenga conto del modo come nei diversi sistemi si identificano le rispettive sfere del diritto sostanziale e del diritto processuale. Del resto, basta riflettere sulla totale estraneità al mondo di *common law* di quella fondamentale cerniera tra il diritto e il processo che è il diritto (o potere) di azione. L'*action*, anche quando non è stata un modo per designare certe situazioni sostanziali tipiche, o più latamente il diritto fatto valere in giudizio, può indicare in genere il procedimento contenzioso, in contrapposto a quello non contenzioso *(matter)*. In ogni caso, la nozione più lata, e più vicina all'uso "processuale" dei paesi di *civil law*, è quella di *judicial proceding*, che si rinviene, negli Stati Uniti, nell'art. 1-201 (1) dell'*Uniform Commercial Code* e, in Inghilterra, nella s.19(2) dell'*Administration of Justice Act* del 1925. Nozione, questa, cui è del tutto estraneo qualsiasi significato di correlazione tra la domanda di tutela e l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte dello Stato; correlazione che all'origine della nozione "astratta" dell'azione nella dogmatica europea del secolo scorso, legata all'affermarsi della concezione pubblicistica del processo civile.

5. Se spostiamo la nostra attenzione sul processo civile dei paesi socialisti, rispetto al quale il prevalere del principio della c.d. verità materiale sembra più decisamente legittimare la definizione di "inquisitorio", rileviamo anzitutto che nessun giurista di quei paesi appare disposto ad accettare tale definizione, che è oggetto di un ripudio forse più accentuato di quello corrente tra i giuristi del mondo occidentale. Si sottolinea, infatti che anche nel processo civile socialista vige il principio della domanda (si veda, in proposito, l'art. 6 dei Principi fondamentali di procedura civile dell'URSS) e nello stesso accertamento dei fatti (che deve essere "minuzioso e obiettivo", in base al principio della verità materiale) prevale l'iniziativa probatoria delle parti, rispetto alla quale il potere del giudice ha carattere sostanzialmente integrativo (art. 18 dei Principi cit.). Si preferisce, perciò, parlare di "collaborazione" tra il giudice e le parti ai fini dell'accertamento del fatto, seguendo un ordine di idee che è abbastanza diffuso anche negli ordinamenti di *civil law* e che tende a superare, appunto, la rigida con-

trapposizione tra principio dispositivo e principio inquisitorio. In tempi recenti, si è inoltre manifestata la tendenza ad accentuare la regola della collaborazione, allo scopo di maggiormente responsabilizzare le parti nella condotta del processo, senza confidare troppo passivamente nell'iniziativa del giudice.

Anche i poteri del giudice che, dal punto di vista del giurista occidentale, si considerano come manifestazioni di deroga al principio dispositivo, come il controllo esercitato su fatti estintivi del processo quali la rinuncia all'azione o la composizione transattiva della lite (art. 219 del c p.c. della R.S.F.S. di Russia), sono considerati sotto un diverso aspetto, ossia come misure intese a prevenire gli errori in cui le parti possono incorrere non avento adeguata percezione degli effetti prodotti dai loro atti. Si tratta, quindi, di una funzione di integrazione e di controllo delle attività delle parti, nell'interesse delle medesime ed al fine di una corretta attuazione dei loro diritti. Una funzione del genere, d'altronde, non è del tutto estranea ai sistemi di *civil law*, poichè, in presenza di diritti a tutela rafforzata (i diritti del lavoratore, dell'affittuario di fondi rustici, del conduttore di immobili urbani), la validità degli atti di disposizione che precludono la tutela giurisdizionale, come le conciliazioni o le rinunce e transazioni, è condizionata a controlli che possono svolgersi sia al di fuori del processo (mediante l'intervento di associazioni sindicali o di organi amministrativi), sia all'interno del processo, con un'attività di omologazione da parte del giudice.

Occorre, d'altra parte, considerare che quegli aspetti del processo civile dei paesi socialisti che più frequentemente richiamano il concetto di inquisitorietà sono legati non tanto alla funzione del giudice, quanto piuttosto ai poteri di iniziativa processuale riconosciuti sia ad organi pubblici come la procura di Stato, sia ad altre organizzazioni statali e sociali. Essenzialmente nell'esercizio di questi poteri si manifesta l'interesse pubblico presente nelle controversie civili, mentre l'opera del giudice assume piuttosto il carattere di garanzia del corretto svolgimento del giudizio al fine dell'attuazione dello scopo fondamentale del processo che è il "rafforzamento della legalità socialista" (art. 2 dei Principi cit.). Ed è abbastanza significativo che il principio di *legality*, come esigenza di attuazione *super partes* del diritto oggettivo, sia alla base, negli stessi paesi di *common law*, delle dottrine che guardano al superamento dell'*adversary system* come metodo inidoneo a prevenire a *correct decisions*.

Infine, non va dimenticato che le cause attribuite alla giurisdizione dei giudici ordinari, ed alle quali si applicano i principi del rito civile,

rappresentano una parte soltanto del contenzioso che ha carattere "civile" secondo il punto di vista dei sistemi di *civil law*, in quanto ne restano al di fuori le cause attribuite ad organi come i tribunali dei compagni e gli arbitrati statali. Ma non si tratta di una caratteristica propria dei soli sistemi socialisti: agli *administrative tribunals* dei paesi di *common law*, in precedenza ricordati, si possono aggiungere le varie giurisdizioni speciali dei paesi occidentali; organi, tutti, che hanno in comune la caratteristica di sottrarsi alle regole del processo ordinario e di veder emergere un ruolo più attivo del giudice. Ovviamente, la ragion d'essere di questi organi non è unitariamente definibile, poichè in taluni casi (come per i tribunali di commercio) si tratta del sopravvivere di giurisdizioni di tipo corporativo, mentre in altri l'esigenza di tutela si riconnette a particolari conflitti o tensioni sociali, come quelli che riguardano il lavoro o la casa, ed in altri ancora si tratta di garantire l'attuazione di quella funzione assistenziale pubblica che è la manifestazione saliente del moderno *welfare state*. Riassorbimento dei conflitti sociali e garanzia di effettività dell'azione amministrativa sono fini che non è possibile perseguire con un processo rigidamente *adversay* e un giudice confinato in una neutralità disarmata.

6. L'analisi precedente, che ha potuto soltanto sommariamente indicare alcuni aspetti problematici del ruolo del giudice civile nel mondo contemporaneo, porta a concludere per l'inadeguatezza dei modelli tradizionalmente usati al fine di studiare comparativamente tale ruolo. In particolare, la contrapposizione tra *adversary* e *inquisitorial model* risulta inidonea a dar ragione della complessità delle diverse manifestazioni dei poteri di iniziativa del giudice e dell'intreccio dei due modelli nella realtà concreta dei singoli ordinamenti. La contrapposizione stessa, quindi, finisce con l'apparire un espediente ideologico, col quale si tende a giustificare le radicate tradizioni di un dato ordinamento, di cui si vuol dare un'immagine coerente col quadro politico generale della sua area storica di appartenenza. Se si guarda, invece, alle reali tendenze in atto nel processo civile attuale, si possono individuare le seguenti caratteristiche, che si presentano, con maggiore o minore intensità, in tutti paesi con pari grado di evoluzione economica e sociale:

(1) Anzitutto, si delinea in via generale un accrescimento dei poteri del giudice civile, sia nella direzione del processo, sia nell'acquisizione delle prove. Anche laddove esistono più efficienti sistemi di *legal aid*, si è consapevoli che la *fairness* del *trial* richiede un intervento attivo del giudice, che impedisca la slealtà dei comportamenti delle parti ed

eviti nel dibattimento ingiuste sorprese. Non si è mai abbastanza considerato, dai giuristi di *civil law*, che l'*adversary sistem* anglo-americano ha dietro di sè quel forte detemente che è l'esercizio, da parte del giudice, dei poteri di *civil contempt*, attraverso i quali si impedisce non solo il turbamento dell'udienza, ma anche l'inosservanza dei provvedimenti processuali del magistrato.

(2) In secondo luogo, si è molto rafforzato, nella recente evoluzione, il potere del giudice di assicurare, attraverso provvedimenti d'urgenza, la tutela di situazioni che non possono tollerare la normale durata del processo. Istituti come il *référé* francese ed i varii tipi di *summary judgments* angloamericani hanno avuto una costante espansione, surrogando in molti casi la tutela ordinaria, tanto da poter far considerare la giurisdizione d'urgenza come una categoria autonoma nel moderno quadro della giustizia civile. Inoltre, misure giudiziali aventi analoga finalità sono state previste nelle leggi speciali in materie di rilevanza economica e sociale. Se si considera, inoltre, il particolare settore della tutela d'urgenza, rappresentato dai provvedimenti cautelari, appare significativo il trapianto dai sistemi di *civil law* a quello inglese di misure come il sequestro conservativo ed il sequestro giudiziario, in precedenza sconosciute: alludo agli ormai famosi *Mareva Injunctions* ed *Anton Piller Orders*, introdotti dalla giurisprudenza delle Corti inglesi ed ormai di larga applicazione.

(3) In terzo luogo, un fenomeno diffuso è dato dall'espandersi di poteri di coercizione indiretta, intesi all'osservanza dei provvedimenti giudiziali in genere e di quelli a contenuto processuale in particolare. Se il mondo di *common law* è dominato dal già ricordato *contempt of court*, quello di *civil law* conosce un considerevole ampliamento dell'*astreinte* di derivazione francese. Com'è noto, l'*astreinte*, che rappresentava in origine una forma di risarcimento del danno (la condanna al pagamento di una somma per ogni giorno di ritardo nell'adempimento) è divenuta nella sua recente evoluzione una sanzione pecuniaria autonoma, mirante ad esercitare un forma di coazione indiretta sull'obbligato, non soltanto ai fini dell'esecuzione di sentenze a contenuto non pecuniario, ma anche per l'osservanza di ordini processuali, come quello di esibizione delle prove. La differenza tra l'*astreinte* ed il *civil contempt* è tuttora rappresentata dalla possibilità, nel caso di *contempt*, dell'irrogazione di pene detentive, ma appare indubbio che la distanza tra i due sistemi si è, sotto questo particolare profilo, sensibilmente ridotta.

(4) Infine, caratteristica comune dei processi civili moderni è la

loro possibile dimensione collettiva, che si esprime non soltanto attraverso la partecipazione al giudizio di categorie anche indeterminate di soggetti (un istituto tipicamente statunitense, come la *class action*, tende a divenire una forma di legittimazione generalizzata in certi settori della tutela, come quelli dell'ambiente e del consumatore), ma anche nel modo di essere degli effetti dei provvedimenti giudiziali. L'efficacia *erga omnes* del giudicato appare come l'attributo necessario di provvedimenti che, per loro natura, incidono su situazioni e rapporti superindividuali. I poteri "inquisitori" del giudice in processi di questo tipo si traducono, quindi, in un effetto espansivo della pronuncia giurisdizionale, che consente di prospettare un'efficacia sostanzialmente "normativa" della decisione, tradizionalmente ignota ai sistemi di *civil law*. Certo, si tratta di un effetto che si ricollega alla particolare natura dell'oggetto del giudizio, e non, come nello *stare decisis* dei sistemi di *common law*, all'efficacia di precedente della *ratio decidendi* della sentenza, ma non è dubbio che anche questa evoluzione contribuisce ad accorciare la distanza tra i due sistemi, per l'idoneità della decisione a divenire fonte di diritto.

LEGITIMACIÓN PROCESAL Y MEDIO AMBIENTE

José Roberto DROMI *

SUMARIO: I. *Sociedad y medio ambiente.* 1. *Ecología y circunstancia humana.* 2. *"Hábitat" y bien común.* 3. *Subdesarrollo y medio ambiente.* 4. *La realidad argentina.* II. *Estado y medio ambiente.* 1. *Nación, provincia y municipio ante el medio ambiente.* 2. *Reglas constitucionales para el deslinde de competencia. La situación en el derecho.* 3. *El reparto de competencias en los hechos.* 4. *Administración ambiental.* III. *Derecho y Medio ambiente.* 1. *Codificación del derecho ambiental.* 2. *Técnicas e instituciones jurídicas ambientales y reparto de competencias.* IV. *Conclusiones.*

I. SOCIEDAD Y MEDIO AMBIENTE

1. *Ecología y circunstancia humana*

Julián Marías recordaba que los ecólogos deberían detenerse sobre la frase de Ortega y Gasset, contenida en sus meditaciones sobre *El Quijote*, *"Yo soy yo y mis circunstancias"*, y de allí pues, que si no las salvo a "ellas" no me salvo "yo". Cabe destacar que el segundo término de la frase suele olvidarse, pese a que su significación es decisiva en nuestra época,[1] pues en las "circunstancias" está también el medio ambiente.

El medio ambiente, como objeto de nuestra investigación científica, conforma el *"hábitat"* de la convivencia y está determinado, como decíamos, parafraseando, a Ortega y Gasset, por las *"circunstancias del yo"*, pues el medio ambiente *"forma parte del yo"* por ser su misma circunstancia, todo aquello que *"está en nosotros"* y no somos *"nosotros mismos"*.

El medio ambiente 'está en nosotros", es un *"derecho del yo"*, un derecho subjetivo. Esta afirmación no es una mera disquisición académica; ella nos permite aportar luz para la solución de distintos problemas que se presentan en el mundo jurídico, entre ellos el de la legiti-

* Profesor de derecho administrativo, Universidades de Mendoza y Cayo.

[1] Marías, Julián, "Ecología y circunstancia humana", en diario *La Nación*, Buenos Aires, 2 de septiembre de 1973.

mación procesal para preservar el ambiente. Coherente con nuestra posición de que el hombre posee un derecho subjetivo a la tutela del ambiente, por ser este último consustancial a la existencia del ser humano, las puertas del pretorio no pueden cerrarse ante quien pide *"protección de sus circunstancias"*, sea en forma individual o colectiva, pues lo contrario significaría una denegación de justicia, es decir, privaría al hombre del derecho de conservarse *"a sí mismo"*, en tanto el ambiente humano es patrimonio público y derecho subjetivo de la *persona*.

No hay acuerdo entre los iusambientalistas sobre los elementos que configuran el medio ambiente.[2] Pensamos que aprehendiendo la postura que considera al medio ambiente integrado por *"aire"*, *"agua"* y *"energía"*, eficazmente se soluciona el problema, desde que tal comprensión abarca los elementos enumerados por las distintas doctrinas.

2. *"Hábitat" y bien común*

Si bien la preocupación del hombre por el medio ambiente se remonta a los clásicos de la organización política,[3] es recién a partir de la

[2] Sobre otras enumeraciones taxativas o no, que incluyen elementos como flora, fauna, bellezas panorámicas, ruidos, vibraciones, *cfr.*, López Joaquín, "El derecho de aguas, el derecho de los recursos naturales y el derecho ambiental", en las *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales*, Documentos de trabajo, Buenos Aires, 15 al 17 de abril de 1974, pp. 101 y ss.; Cano, Guillermo J., *Introducción al derecho ambiental argentino*, LL, pp. 154-919 y 920; Rieber de Bentata, Judith, *Régimen jurídico de la protección del ambiente y lucha contra la contaminación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 13 y ss.; Chanlett, Emil T., *La protección del medio ambiente*, Madrid, IEAL, 1976, pp. 15 y ss.; Edmunds, Starhrl y John Letey, *Ordenación y gestión del medio ambiente*, Madrid, IEAL, 1975, pp. 201 y ss.

[3] Aristóteles, *política* (edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951. El estragirita dedica el cap. 4-12 del libro IV de su obra, al régimen mejor: población, territorio, comunicaciones, carácter, estructura social, emplazamiento y construcción de la ciudad, y en especial en el parágrafo 1330*b*, donde leemos: "Ya hemos dicho que la ciudad debe estar abierta en la medida de lo posible a la tierra, al mar y a toda la región. En cuanto a la situación apetecible de la ciudad considerada en sí misma, debe determinarse teniendo en cuenta cuatro condiciones: en primer lugar, necesariamente, la salud (las ciudades que miran al Oriente y a los vientos del Este son las más sanas y después las protegidas del viento del Norte, que son mejores para invernar); además deben estar bien situadas para las actividades políticas y guerreras; para las guerreras deben ser de salida fácil para sus habitantes y de difícil acceso y cerco para el enemigo; deben tener además corrientes de aguas propias en número suficiente, de no ser así la falta se remediaría con la construcción de grandes y numerosos depósitos para las aguas de lluvia, de modo que el agua no pueda faltar si durante una guerra quedan cortadas las comunicaciones entre la ciudad y el campo. Es preciso, en efecto, pensar en la salud de los ciudadanos, y ésta depende de la

segunda mitad del siglo veinte cuando se comienza a tomar *"conciencia ambientalista"*. La humanidad en este siglo ha avanzado en algunas materias; pero este avance parcial,[4] lejos de ir acompañado por una preocupación acerca de sus consecuencias, lo ha sido con un total menosprecio por las circunstancias ecológicas. Es por ello que no hace mucho tiempo que han comenzado a oírse voces, tratando de *encauzar el avance tecnológico* que a la vez es destructor de los elementos que dan sustento a la existencia del hombre en su vida terrenal.

Así, en Estocolmo, se dijo:

> ...el hombre tiene el *derecho fundamental* a la libertad, la igualdad y al *"disfrute de condiciones" de vida* adecuadas *en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar* y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto las políticas que promueven o perpetúan "apartheid" la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión o dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse...[5]

En Puebla se previene que:

> ...Si no cambian las tendencias actuales *se seguirá deteriorando la relación del "hombre" con la "naturaleza"*, por la explotación irracional de los recursos y la contaminación del medio ambiente, con el aumento de graves daños al hombre y al equilibrio ecológico... Hay que tomar conciencia de los efectos devastadores de una *industrialización descontrolada y de una urbanización* que va tomando proporciones alarmantes. El agotamiento de los recursos naturales y la contaminación del ambiente constituirán aspectos dramáticos. Afirmamos una vez más la necesidad de una profun-

buena situación de la ciudad en sí misma y en cuanto a su contorno, y en segundo lugar, del uso de aguas sanas, que no debe considerarse en modo alguno como cuestión accidental. Porque aquello de que nos servimos más y con mayor frecuencia para nuestro cuerpo contribuye en el más alto grado a la salud, y el agua y el aire son de esta naturaleza. Por eso en las ciudades prudentes si todas las aguas no son igualmente buenas y no abundan las corrientes de tales condiciones, debe separarse el agua para la alimentación de la que se destina a los demás usos..."

[4] *Cfr.*, y para ampliar, en Carrel, Alexis, *La incógnita del hombre*, Buenos Aires, Cúspide Argentina, 1938, pp. 40 y ss.

[5] Declaración de Estocolmo de 1972 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el ambiente humano); "Declaración de principios", Principio I. *Cfr.*, Pigretti, Eduardo A., "El derecho a la vida y a la integridad personal", en *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Euduca, 1985, pp. 10 y ss.

da revisión de la tendencia consumista de las naciones más desarrolladas: debe tenerse en cuenta las necesidades elementales de los pueblos pobres, que son la mayor parte del mundo... La comunión y participación verdaderas sólo pueden existir en esta vida proyectadas sobre el plano muy concreto de las realidades temporales, de modo que *el dominio, uso y transformación de los bienes de la tierra, de la cultura, de la ciencia y de la técnica, vaya realizándose en un justo y fraternal servicio del hombre sobre el mundo*, teniendo en cuenta el respeto a la ecología... *reservar los recursos naturales a fin de transmitirlo como herencia enriquecida a las generaciones futuras...*[6]

En nuestro ordenamiento jurídico, el medio ambiente es un *valor de tutela constitucional implícita*. Cuando la carta magna, en su preámbulo se refiere a "promover el *bienestar general*",[7] debe entenderse que lo hace con el mismo significado que la doctrina clásica atribuye al término *bien común*. El bien común es el fin del Estado, es el que lo legitima éticamente y justifica su existencia. El Estado, en la consecución de su fin, debe asegurar a todos y cada uno de sus integrantes actuales y futuros *condiciones dignas de vida* y el uso y preservación de los recursos naturales con el objeto de lograr aquéllas.

También el preámbulo habla de *"proveer a la defensa común"*, y de acuerdo a una interpretación que se compadezca con las actuales necesidades, debe entenderse que tal defensa abarca al hábitat del accionar de los depredadores externos e internos. Además, merece mención especial el artículo 33 del ordenamiento fundamental, sobre el cual nos extenderemos al tratar la legitimación procesal, en la medida que eleva a jerarquía de derechos constitucionalizados los "no enumerados", pero comprendidos en la forma republicana y con raíz en la soberanía del pueblo.

En suma, en la Constitución al ambiente tiene su protección implícita debiendo la legislación y la actividad administrativa, en su consecuencia, proporcionar el instrumento idóneo para librar esta lucha contra la injusticia que presupone el deterioro del hábitat.

3. *Subdesarrollo y medio ambiente*

El *"hombre"* se encuentra en una relación dialógica, continua y per-

[6] Iglesia católica, Documentos de Puebla, puntos 139, 496, 327, 1236.

[7] Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Quinteros", fallos 179:113.

manente con la *"naturaleza"*. La realidad humana está consustanciada con la realidad física en la cual se desarrolla. El hombre, para lograr su finalidad, su mayor perfección, necesita disponer de la realidad física que lo circunda. El hombre, cuando dispone de la naturaleza, *avanza* y progresa al proveerse de medios que hacen más cómodo, fácil y viable su desarrollo; pero al mismo tiempo *retrocede* al menoscabar, deteriorar y destruir la realidad física, privando así a sus congéneres y generaciones futuras de la posibilidad de desarrollo y perfección.

Las principales causas de este "avance-retroceso", "mayor bienestar-mayor deterioro", se deben a distintas circunstancias:

A. Explotación irracional de los recursos

El hombre al servirse de la naturaleza, lo hace con una total despreocupación por las consecuencias de tal utilización. Por lo común con un criterio antieconómico, agota la fuente del recurso o lo desperdicia. Como consecuencia de ello, han desaparecido de la faz de la tierra especies animales y vegetales y otras se encuentran en vía de extinción. Los recursos energéticos, como "el gas que se ventea", se pierden ante la mirada impasible de las entidades burocráticas encargadas de su explotación y, por último, se desconoce en la práctica (a pesar que las diversas ramas de la ciencia lo han establecido en teoría) la interdependencia que existe entre los distintos recursos naturales.

B. Industrialización absoleta y contaminación urbana

El afán de lucro incontrolado y la sociedad de consumo, en la cual estamos insertos, no siempre reparan en los medios para conseguir sus objetivos. La reticencia a empezar en los procesos de industrialización los medios modernos destinados a preservar el hábitat, es una consecuencia de la falta de conciencia de que la *propiedad* debe cumplir una *función social*. La mentalidad empresaria renuente a todo tipo de inversión de utilidades, destinadas a dotar a la unidad de producción de los elementos idóneos para una elaboración acorde con los adelantos científicos, está enraizada. Importa un factor coadyuvante de tal estado de cosas, la carencia de una política clara e integradora en materia económica, que permita planificar la actividad empresarial.

La movilización demográfica interna por la que el hombre es prácticamente expulsado del campo, se debe fundamentalmente a la ausencia casi total de elementos que le aseguren condiciones dignas de convi-

vencia. Además, el disfavor con el cual la sociedad mira a quienes se dedican a las tareas primarias y la imposibilidad de que puedan acceder a ser propietarios de una unidad de producción provoca estas corrientes migratorias que al llegar a las ciudades se radican en las tristemente célebres "villas miserias", en condiciones infrahumanas de vida (sin agua potable, asistencia sanitaria, servicios públicos, vivienda digna, etcétera).

La solución es adecuar los procesos de industrialización, para que tanto las superpotencias como los países en vías de desarrollo se encuentren en condiciones de producir bienes y servicios en cantidad suficiente para lograr el bienestar general y operen la implantación de políticas conservacionistas de los recursos naturales, lo cual se ve facilitado en gran parte por los avances tecnológicos que permiten una más eficaz utilización de los mismos. Pero el elemento decisivo es, a nuestro entender, una *concientización social* de la necesidad de preservar el medio ambiente. La paralización del desarrollo condenaría a tres cuartas partes de la humanidad a condiciones insuficientes de vida, mientras que el resto seguiría en su accionar destructor del hábitat.

4. *La realidad argentina*

La realidad argentina dista de ser alentadora. La estructura económico-social se mantiene inalterada, salvo leves variantes desde comienzo de siglo: 6% de propietarios disfrutan del 74% de la tierra en un país que figura entre los ocho de mayor superficie en el mundo (2,790,313 km²) y que registra 200,209,207 hectáreas explotables; que el 76,5% de la población se concentra en los centros urbanos (considerando como centro urbano al poblado no menor de 2,000 habitantes), y que el 60.5% reside en las denominadas áreas metropolitanas (aglomeraciones que exceden los 50,000 habitantes). En segundo término, que el área de mayor concentración poblacional e industrial —el denominado Eje Fluvial Industrial— absorbe el 72% del empleo, y dentro de él la Capital Federal y el Gran Buenos Aires el 55%; que en algo más del 2% del territorio nacional el Eje Fluvial Industrial reúne el 46% de la población. En tercer orden, que dentro del Eje Fluvial Industrial, la primera Corona (Capital y partidos del cono urbano) exhibe, además del 55% del empleo industrial nacional, el mayor grado de densidad (3,700 habitantes por kilómetro cuadrado), el 76% de las denominadas villas miserias, y un 8% de áreas verdes por habitante, es decir, "la décima parte de un *standard* admisible"

con "altos índices de contaminación ambiental", y que como contrapartida carece de una infraestructura adecuada de servicios; además, el índice de crecimiento demográfico, en relación a las restantes, es el más elevado, como consecuencia visible de la migración interna que continúa la línea de traslación desde el interior del país hacia las áreas metropolitanas.[8]

Todo este panorama se ha visto agravado en los últimos diez años, pues una diplomacia contradictoria ha cercenado el territorio, la política económica ha ido destruyendo las economías regionales, los salarios han caído estrepitosamente, el aparato productivo se encuentra en su mayor parte paralizado y el proceso de concentración urbana se ha incrementado.

En suma, la concentración poblacional e industrial; los altos índices de contaminación ambiental; la modesta infraestructura de servicios públicos; la migración interna y la ausencia de planificación urbana, son signos inequívocos del estado de subdesarrollo en que se encuentra postrado el país.

Ante este panorama desolador, se hace imperioso un plan político nacional que produzca la reactivación económica con protección también "ambiental" y una adecuación y efectiva aplicación de las instituciones jurídicas reguladoras del medio ambiente, de carácter nacional y local, que se adapte a la realidad argentina. Tratar de elaborar una legislación uniforme, resulta una aspiración viable en el fértil campo de las ideas; pero que en manera alguna se compadece con la realidad nacional, en razón de no ser las mismas las necesidades y, en consecuencia, las soluciones a implantar en los distintos ámbitos de la República.

El Estado, ante esta realidad social de recesión y subdesarrollo, presenta una infraestructura paquidérmica, formal y meramente solemne, mas no útil ni eficaz.

II. Estado y medio ambiente

1. *Nación, provincia y municipio ante el medio ambiente*

La solución al "desafío" de la protección del medio ambiente, en la realidad argentina, es un *"cometido común compatible"* entre nación, provincia y municipio. Cada uno de estos "estados" en su nivel y en

[8] Baigun, David, "Política criminal y tutela del medio ambiente en la República argentina", en *Doctrina penal*, núm. 1, año 1, enero-marzo de 1978, p. 6.

su ámbito deben implantar *per se* la solución preventiva y represiva para la tutela ambiental, y encontrar en las "empresas mixtas", "áreas metropolitanas" y "consorcios públicos", a través de la concertación interjurisdiccional, la alternativa de solución para aquellos problemas que exceden su propio ámbito.

2. *Reglas constitucionales para el deslinde de competencia. La situación en el derecho*

El deslinde de las competencias viene dado por la Constitución nacional. Así, dentro de la hermenéutica constitucional, tenemos:

a) *Poderes reservados o no delegados.* Son aquellos que emanan de los artículos 1, 5, 104, 105 y 106 de la Constitución nacional —C.N.—. Las provincias son anteriores a la nación, concurriendo en cumplimiento de pactos preexistentes a su formación; pero sin perder por ello su autonomía, es decir, su calidad de partes indestructibles de la nación argentina. A su vez, dentro del marco de los poderes locales, "intraprovinciales", se inscribe con jerarquía constitucional la competencia *"municipal"*, con jerarquía *"autárquica"* o *"autonómica"*, según el modelo de organización municipal.

b) *Poderes delegados.* Son aquellos que las provincias transfirieron al poder central en aras de la unidad nacional y cuyo ejercicio les está vedado. Comprenden la facultad de dictar la legislación de fondo en materia civil, comercial, penal, minera y del trabajo y la seguridad social (artículo 67, inciso 11, C.N.); lo correspondiente a la navegación y comercio interprovincial (artículos 26 y 67, inciso 12, C. N.). Las provincias, por mandato constitucional, no pueden ejercer el poder delegado (artículo 108, C.N.), ni hacerse c declararse la guerra, debiendo someter a la Suprema Corte las cuestiones litigiosas entre ellas.

c) *Poderes concurrentes.* Son los emergentes del artículo 107 de la Constitución nacional que compatiblemente pueden ejercer nación y provincia, según el deslinde territorial de competencias (artículos 3 y 67, inciso 27, C.N.).

3. *El reparto de competencias en los hechos*

En la letra y en el espíritu de la Constitución, la nación argentina es un Estado federal. Sin embargo, en los hechos se ha producido la concentración del poder nacional, la desfederalización y la desmunicipalización. Leyes como la 15336 y 17319 son inconstitucionales en cuan-

to trasfieren a la nación dominio y jurisdicción de partes integrantes de los territorios provinciales, con prescindencia del consentimiento de las provincias. La "desconstitucionalización" ha hecho que tengamos un *"suelo"* federal y un *"subsuelo"* unitario. De todos modos, parece claro, de acuerdo a la hermenéutica constitucional, que corresponde a la nación lo atinente al ámbito internacional y los lugares de jurisdicción federal (artículo 67, inciso 27, C.N.), y también el comercio interprovincial e internacional (artículo 67, inciso 12, C.N.), y a las provincias lo relativo a su ámbito territorial, respetando las autonomías municipales.

Ahora bien, en la realidad, tanto provincias como municipios se han convertido sólo en modestas sucursales de un poder central arrollador, sobredimensionado e ineficiente. No han faltado, sin embargo, quienes desde el campo del derecho tratan de justificar tal estado de cosas, bajo un viso de constitucionalidad en una particular interpretación del artículo 67, inciso 16 de la Constitución nacional.[9]

[9] Frenkel, Leopoldo, quien afirma: "...En nuestra opinión, las potestades normativas del gobierno federal derivan del art. 67 inc. 16 de la Constitución, que instituye lo que la doctrina ha denominado 'la policía de prosperidad'... Si el deterioro del entorno natural afecta la prosperidad del país y atenta contra el adelanto y bienestar de todas las provincias, o sea, lo que para la economía contemporánea es el 'desarrollo nacional' en tanto explotación óptima de todos los recursos económicos y humanos disponibles en su territorio." El inciso 16 del artículo 67 se convierte, a través de leyes protectoras de estos fines, en el fundamento jurídico que justifica, en nivel constitucional, la competencia federal en materia de medio ambiente. El gobierno central no necesita recurrir en modo alguno, como alega cierta doctrina, al remedio de la "ley-contrato"; podrá argumentarse también que el artículo 67, inciso 16, es una de las llamadas "facultades concurrentes", vale decir, perteneciente en común al Estado federal y a las provincias. Pero con la autorizada palabra de Joaquín V. González pensamos que "éstas no son concurrentes ni pueden dar lugar a un derecho de la Nación o de las provincias sobre la misma cosa, sino sólo en sentido económico. Esto es: que la Constitución ha querido que las leyes protectoras de los fines económicos, tanto del Congreso como de las legislaturas, concurriesen a la obra de la riqueza colectiva de toda la Nación... son pues, fuerzas combinadas en un mismo fin común, pero no derechos concurrentes *ratione materiae*, pero su ejercicio por parte de las provincias se halla supeditada al cumplimiento de la condición resolutoria de que depende su existencia. Una vez que se ha cumplido pasan al dominio exclusivo del gobierno federal y a ella deben subordinarse los poderes provinciales...". "Federalismo y medio ambiente (algunas consideraciones doctrinarias sobre las competencias de la nación y las provincias en materia de protección ambiental), en *F.E.P.A.* (Fundación para Estudio de los Problemas Argentinos), Buenos Aires, núm. 2, año 1, agosto de 1979.

4. *Administración ambiental*

La administración ambiental puede ser de diferentes niveles, a saber:[10]

a) *Mundial:* El programa de las "Naciones Unidas para el Ambiente Humano" (UNEPO, con sede en Nairobi, Kenia), es su expresión global y actual. Distintos organismos de las Naciones Unidas tienen responsabilidades ambientales, aunque sectoriales, por ejemplo, FAO, UNESCO, Banco Mundial, etcétera.

b) *Continental o regional:* En América tenemos la OEA, la CEPAL, el BID y organismos sectoriales tales como la Oficina Panamericana de la Salud.

c) *Bi o plurinacional:* Son aquellos organismos —internacionales— cuya responsabilidad principal atañe a recursos naturales compartidos o a obras en ellos; vgr., CIC (Comité Intergubernamental Coordinador de la Cuenca del Plata); Comisiones Mixtas Internacionales de Salto Grande (Argentina-Uruguay); Comisión Hidrológica Mixta Argentino-Chileno; Comisión de Estudios del Río Alto Uruguay; Comisión de Estudios del Río Bermejo (Argentina-Bolivia); etcétera.

d) *Nacional:* Los organismos actuantes bajo los poderes del gobierno nacional son de dos clases: 1) *Exclusivos;* en los aspectos concernientes al ambiente de las siguientes materias: relaciones internacionales, defensa, comercio interprovincial, regulación laboral y de seguridad social. Y el gobierno y la administración de la Capital Federal y del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud; 2) *Concurrentes;* con los gobiernos provinciales en los demás problemas ambientales que hagan al fomento del desarrollo de las provincias. Ahora bien, como "administraciones especiales" nacionales con incidencia ambiental, tenemos las sociedades del Estado: Obras Sanitarias de la Nación (OSN), Agua y Energía Eléctrica (A y EE) y Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), y organismos descentrados como la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA); por otra parte, como entidades concurrentes, las Comisiones y Corporaciones Mixtas de Nación y Provincia para Administración de Cuencas.

e) *Provincial:* Son los organismos responsables de todos los demás poderes ambientales, no delegados a la nación. Competen a los gobier-

[10] *Cfr.*, y para ampliar en Cano, Guillermo J., "Introducción al derecho y administración ambientales argentinos", *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales, cit., supra* nota 1.

nos de las 22 provincias que se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. Así pues, en el ámbito de la administración provincial, tenemos entidades descentralizadas con competencia específica en materia de irrigación, obras sanitarias, energía eléctrica, etcétera.

f) *Municipal:* Son los organismos que ejercen poderes ambientales delegados por las constituciones y leyes provinciales a sus respectivas municipalidades, las que organizan su actividad prestacional *per se*, por administración o por delegación a terceros concesionarios.

g) *Interjurisdiccionales:* Son los organismos o mecanismos institucionales creados por tratados o convenios entre dos o más provincias o entre éstas y la nación, para fines no políticos. Tales como el CFI, la Comisión Técnica Interprovincial del Río Colorado, la Comisión Mixta para la Contaminación Hídrica del Gran Buenos Aires, etcétera.

h) *Intermunicipal:* Son los organismos creados entre dos o más municipalidades de una misma provincia para fines ambientales.

Este panorama multifacético nos muestra el *"pluralismo organizacional"* en materia de administración ambiental, tanto por sus *niveles institucionales* (internacionales, regionales, nacionales, provinciales, municipales) como por su *forma prestacional* (por sí o por terceros concesionarios), así como por su *modelo organizacional* (entidad centralizada, descentralizada o desconcentrada) o su naturaleza jurídica (entidad autárquica, consorcio, sociedad del Estado, etcétera, todo lo cual hace más complejo el cuadro de los deslindes y delimitaciones de competencias.

III. Derecho y medio ambiente

1. *Codificación del derecho ambiental*

La codificación de las normas ambientales, sólo contribuirá a acelerar el proceso de hiperinflación legislativa.

Será un *cuerpo legislativo* sin posibilidades de aplicación, desde que el avance científico (tanto en términos de producción como en descubrir la relación entre los distintos recursos) es constante e insusceptible de ser plasmado en normas más o menos elásticas. Las instituciones ambientales necesitan de un decantamiento que sólo se logra por la experiencia de su aplicación y por los trabajos de la doctrina que hasta el momento son incipientes. Lo esencial es una toma de conciencia a nivel general de la importancia de la preservación del medio ambiente.

El tema de la codificación se relaciona con otro, el de la *autonomía*

de una rama del derecho. El derecho es uno solo, y su división en ramas responde a la limitación de las fuerzas humanas para su conocimiento y aplicación; pero en manera alguna se puede creer que, porque no exista un Código que aprehenda a una rama autónoma del derecho no exista derecho.[11]

El derecho es uno, y ante este desafío de la cuestión ambiental debe responder la ciencia del derecho a través de sus *"instituciones"* que también son únicas, sin perjuicio de las particularidades que debe tomar en relación con la especificidad del objeto a regular.[12]

En la República argentina se ha intentado la codificación de las normas ambientales con distinta suerte; así, en 1959, la Provincia de *Jujuy* elaboró un Código de normas sobre los recursos naturales que jamás entró en vigencia; en 1981 se promulgó la Ley 3607 para la Provincia de *Corrientes*. Ambos proyectos son de autoría del profesor Guillermo J. Cano.

En nuestro país existe además un impedimento *de iure*, para que el Congreso regule la materia. Y la solución de una *ley-convenio* a la cual las provincias puedan adherirse, es disvaliosa porque, como dijimos, la realidad nacional con una gran extensión y diversidad, se resiste a ese *encuadre jurídico unitario*. El jurista debe estar a la altura de esa realidad si no quiere que ella prescinda de él.[13]

En suma, el panorama legislativo nacional nos presenta *"leyes sueltas"* a nivel nacional y provincial, o *"leyes nacionales de adherencia"* a las cuales simplemente adhieren las provincias. En el primer caso, muchos legisladores han recurrido al expediente fácil de la "copia" sin tener en cuenta su propia realidad; no menos buena resulta la solución de la "adhesión" por las razones expuestas, produciéndose así un

[11] *Cfr.*, Dromi, José Roberto, "A dónde va el derecho público", en *Jurisprudencia Argentina*, 1981-II-796; *idem*, *Derecho administrativo económico*, Buenos Aires, t. I, Ed. Astrea, 1977, "Prefacio", pp. VI y ss. En contra: Cano, Guillermo J., "Ambiente y recursos naturales", en *Rev. de Derecho, Política y Administración*, núm. 1, vol. I, enero-marzo de 1984, pp. 9 y 10, y "La codificación del régimen legal de los recursos naturales", en *Recursos naturales y energía, derecho, política y administración*, Buenos Aires, Ed. Feyde, 1979, pp. 75 y ss., quien se manifiesta decididamente partidario de la codificación.

[12] *Cfr.*, Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 87 y ss.; Cossío, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Ed. Kraft, 1945, pp. 84 y ss.; López, Joaquín, "El derecho de aguas, el derecho de los recursos naturales y el derecho ambiental, en *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales, cit.*, pp. 101 y ss.; Dromi, Roberto, *La licitación pública*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea,. 1977, pp. 4 y ss.

[13] *Cfr.*, Pigretti, Eduardo A., *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975. pp. 15 y 16.

letargo legislativo por parte de las provincias y una renuncia implícita al régimen federal de gobierno.

2. *Técnicas e instituciones jurídicas ambientales y reparto de competencias*

Lo que realmente interesa discernir es la real operatividad de las *"instituciones jurídicas"* de la ciencia del derecho, a veces con acento *"iuspublicista"* y a veces con acento *"iusprivatista"*, pero actuando sobre una específica y concreta materia de la realidad existencial: *el medio ambiente*. La particularidad del objeto exige especificidad de las regulaciones jurídicas, a saber:

A. Organización administrativa ambiental

A nivel nacional, provincial y municipal, a través de *formas públicas* (empresas autárquicas), *privadas* (sociales del Estado) y *sistemas mixtos* (consorcios), se ha pretendido organizar la cuestión ambiental. Este panorama anárquico se complica más por la superposición de competencias y funciones entre los tres niveles políticos de organización institucional.

Existen *"administraciones especiales"* tanto a nivel nacional como provincial. En el ámbito nacional algunas poseen el carácter de "estados dentro del propio estado"; así, la CNEA, AYE, YPF, las cuales se manejan con un criterio totalmente centralizado y la toma de decisiones se realiza a muchos kilómetros de los lugares donde se producen los problemas y usufructuan las riquezas de las provincias.

Existen también *"administraciones especiales interjurisdiccionales"* como el CEAMSE (Cinturón Ecológico del Área Metropolitana, Sociedad del Estado), que es una entidad con forma aparente de sociedad anónima, de capital exclusivamente estatal (Ley 20705) integrada por la Provincia de Buenos Aires y la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, que tiene por objeto, entre otros, el saneamiento de la cuenca de los ríos del área metropolitana, la recuperación de tierras anegadizas, parquización de un cinturón verde alrededor de la ciudad de Buenos Aires.[14] De igual manera pueden crearse *"consorcios públi-*

[14] *Cfr.*, Gordillo, Agustín, *La administración local argentina en derecho municipal iberoamericano*, Madrid, IEAL, 1985 p. 74; Dromi, José Roberto, "Naturaleza jurídica de los consorcios", en *Rev. de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 28, publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, julio-diciembre de 1980.

cos intermunicipales" de saneamiento ambiental, destino final de los residuos, etcétera, entre dos o más municipios.

A nivel intermunicipal, creemos que para la solución del problema ambiental es esencial que la organización y planificación se adopten a través de *áreas metropolitanas"*, desde que existen concentraciones urbanas que exceden los límites de un solo municipio, y es frecuente la contraposición de política y práctica entre distintas municipalidades.

También tenemos el reparto de competencias a través de las *"leyes convenios"*; así, la Ley 20284/75 de preservación de la atmósfera.

La organización administrativa ambiental se nos presenta anárquica e insuficiente, pues todavía no recepta los principios aportados por la ecología referentes a la interdependencia de los recursos naturales, un ejemplo revelador de tal situación lo configura la organización del *recurso agua* en la Provincia de Mendoza: el Departamento General de Irrigación y los Consorcios de Usuarios administran lo relativo al uso para riego; Obras Sanitarias Mendoza administra el uso del recurso para consumo; EMSE (Energía Mendoza Sociedad del Estado) administra el uso del recurso para la producción de energía eléctrica, lo cual se superpone con Agua y Energía de la nación. A su vez, estos organismos poseen diferente naturaleza jurídica: ente autárquico de raigambre constitucional Dirección General Impositiva —DGI—; ente público no estatal (Consorcios de Usuarios) y sociedad del Estado (Obras Sanitarias Mendoza, EMSE y Agua y Energía). Tal organización obsoleta trasunta un desgaste y superposición de funciones administrativas y además es desfavorable para el uso integral y la conservación del recurso; por lo que, de conformidad a los adelantos científicos y a un criterio de administración eficaz, se hace necesario una administración que aprehenda todos los usos del recurso.[15]

B. Planificación ambiental

La planificación ambiental, capítulo de la planificación pública y económica, es la técnica instrumental y operativa que indica el proceso idóneo que se debe seguir respecto de acciones futuras, orientadas a la concreción de objetivos por medios óptimos, con mayor éxito que en otros. El Estado debe planificar, es decir, elegir conscientemente las prioridades económicas. La planificación es necesaria para obtener una mayor producción y más equitativa distribución de la riqueza. La pla-

[15] *Cfr.*, Dromi, J. Roberto, "Administración local del agua", en 1984-II-780.

nificación es, pues, la más reciente manifestación de la pretensión humana de ordenar racionalmente la convivencia.[16]

Por lo expuesto y teniendo en consideración el carácter no renovable de la mayoría de los elementos que integran el ambiente, o la imposibilidad de su renovación por el mal uso y distribución de los renovables, resulta insoslayable la planificación.

En nuestro régimen federativo, la *planificación* política corresponde a la nación y su *ejecución* a las provincias. Los programas y proyectos son de competencia de la nación o de las provincias, según el caso. Y también pueden ser concertados, vgr., los Comités de Cuencas, los entes interjurisdiccionales y las áreas metropolitanas.

C. Fomento para la preservación ambiental[17]

La actividad de fomento comprende todas aquellas actividades que, sin emplear coacción, tienden a obtener de los particulares una conducta determinada. Se materializa en tratamientos fiscales favorecidos para aquellos que adopten medidas de preservación del medio ambiente, en su industria o comercio, y también a aquellos que con su actividad preserven (vgr., bosques protectores) o reconstituyan las condiciones del medio ambiente (vgr., leyes de protección de suelos).

Son facultades concurrentes del gobierno central y los gobiernos locales, la implación de *planes y medidas de fomento* para la preservación ambiental. Sin embargo, es de competencia nacional exclusiva *las franquicias aduaneras,* los *créditos especiales,* la promoción industrial nacional. Y serán de competencia provincial o nacional, las *franquicias impositivas, desgravación por plantaciones de bosques, mejoramiento de suelos,* etcétera.

[16] *Cfr.*, Dromi, J. Roberto, *Administración territorial y economía*, Madrid, IEAL, 1983, pp. 213 y ss.

[17] *Cfr.*, Estrada, Juan Ramón de, "Control ambiental: Deslinde de poderes nacionales, provinciales y municipales", en las *Primeras jornadas argentinas de derecho y administración ambientales, cit.*; Martín Mateo, Ramón, *Derecho ambiental*. Madrid, IEAL, 1977, pp. 103 y ss.; Alvarez Rendueles, José Ramón, *La hacienda pública y el medio ambiente*, Madrid, Escuela de Administración Pública, 1974, pp. 37 y ss.; Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Madrid, IEAL, 1973, pp. 201 y ss.; Dromi, Roberto, *Derecho administrativo económico*, Buenos Aires, t. II, Ed. Astrea, 1979, pp. 128 y ss.; Pigretti, Eduardo A., "Una nueva posibilidad: el derecho fiscal ambiental", en *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Euduca, 1985, pp. 98 y ss.

D. Poder de policía ambiental

El poder de policía es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental, extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales.[18]

El poder de policía en materia ambiental es nacional, provincial o municipal, en razón de la *materia* y del *territorio*. Así, los *delitos* son de competencia nacional y las *contravenciones* de competencia provincial o municipal.

Las sanciones de policía administrativa (de competencia local) son, entre otras, multas, arrestos, decomisos, inhabilitaciones, caducidad de permisos, etcétera.

Por medio de leyes convenios se llega a la aplicación local de una política nacional; así, la Ley 20284/73 de protección de la atmósfera o preservación de los recursos del aire. En similar sentido, la Ley 22421 de conservación de la fauna contiene normas administrativas de dudosa constitucionalidad, ya que son de aplicación tanto a las provincias adheridas como a las no adheridas.[19]

El poder de policía es de carácter eminentemente local o municipal sin perjuicio de la competencia nacional en los lugares sometidos a su jurisdicción. Comprende las materias referentes a salubridad, industria, comercio, vial o tránsito, edilicia, urbanística, de abastecimiento, vitivinícola.

E. Policía registral y catastral de los recursos naturales

Ambas son de competencia nacional o provincial, según sea el lugar de ubicación de los recursos naturales.

La policía registral comprende los registros de perforaciones de aguas, minas, concesiones industriales, perforaciones, etcétera. Y la catastral se extiende a los recursos naturales y al medio ambiente.[20]

[18] *Cfr.*, Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, t. II, *op. cit.*, pp. 289 y ss.

[19] *Cfr.*, Ley 22421, en especial artículos 24 a 29.

[20] *Cfr.*, Dromi, José Roberto, "El federalismo y la policía catastral registral", *Jurisprudencia Argentina*, 1984-I-822.

F. Policía ambiental

La policía es parte de la función administrativa que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía. La policía se manifiesta a través de normas particulares (actos administrativos) que constituyen la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica.

Además, la policía a diferencia del poder de policía, tiene por objeto el mantenimiento de la seguridad, moralidad y salubridad, o sea, un objeto más limitado.[21]

De conformidad a la hermenéutica constitucional, como regla es de competencia local (artículo 104, C.N.); pero, en la práctica, las provincias no legislan o sólo adhieren.

G. Potestad punitiva ambiental

La competencia para establecer *delitos* es nacional (artículo 67, inciso 11, C.N.); sin embargo, en el Código Penal no existe el *medio ambiente como bien jurídico protegido autónomo*. Su protección viene dada por la punición de conductas *"sueltas y paralelas"* (a la *propiedad*, a la *salud* y a la *seguridad* pública, entre otras). En este sentido, el Código Penal tipifica como delitos la extracción, daño o detención ilícita de aguas de ríos, arroyos, fuentes y canales (artículo 182, como delito contra la propiedad), la destrucción, inutilización o desaparición de cosas o animales que produjeron infección o contagio (artículos 183 y 184, como delito de daños), los incendios y otros estragos de cereales, bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales y yerbatales, campos, alfalfares y otros cultivos de forrajes, archivos históricos, bibliotecas, museos, arsenales, etcétera (artículo 186, como delitos contra la seguridad pública). Igualmente, califica como delitos contra la seguridad común, la utilización en la elaboración de productos de materias explosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas o de liberación de energía nuclear (artículo 189 *bis)*. Por otra parte, para el envenenamiento o adulteración de aguas potables, alimentos o medicinas (artículos 200 al 207, como delitos contra la salud pública).

Además, dentro del marco punitivo ambiental debemos incluir las *infracciones* a la *prosperidad pública*, que no tienen entidad cuantitativa ni cualitativa de delito; pero que conforman *"faltas, contravencio-*

[21] Dromi, José Roberto, *Administración territorial y económica*, *op. cit.*, pp. 307 y ss.

nes o infracciones administrativas" cuya competencia reglamentaria corresponde a las provincias, por ser derecho local no delegado.

En el estado actual de la legislación argentina, la solución debe aportarse por el derecho penal económico, el derecho penal administrativo y el derecho contravencional, teniendo en cuenta que los depredadores del ambiente en su número y entidad lo constituyen las personas jurídicas, y el Código Penal de 1921 sigue apegado al principio *societas delinquere non potest.*

H. Uso de los bienes del dominio público

Los bienes del dominio público son aquellos enumerados no taxativamente en el artículo 2340 del Código Civil y normas concordantes, y cuyo dominio pertenece a la nación o provincias, según el lugar en que se encuentren, a excepción de los recursos mineros, nucleares, energéticos e hidrocarburos que inconstitucionalmente ha titularizado la Nación como consecuencia del proceso de "desprovincialización" creciente que aqueja al país.

El instrumento idóneo para el uso será la concesión o el permiso según la actividad de que se trate, vgr., concesión minera, permiso de caza y pesca, etcétera, y la competencia en materia de uso es primordialmente *local.*

I. Limitaciones al dominio privado en interés público

De conformidad con el artículo 2611 del Código Civil, las restricciones a la propiedad impuestas en el solo interés público, son regidas por el derecho administrativo.

La competencia será nacional o provincial, según la ubicación de los bienes. Comprende a la expropiación, las servidumbres y las restricciones administrativas.[22]

Las limitaciones de competencia municipal en lo atinente al tema ambiental son, entre otras, las disposiciones que reglamentan la alineación, altura y demás condiciones de la edificación, la zonificación, espacios verdes, ruidos molestos, residuos, etcétera.

J. Dominio y jurisdicción de los recursos naturales

El dominio y jurisdicción de los recursos naturales corresponderá

[22] *Cfr.*, Dromi, José Roberto, *Derecho administrativo económico*, t. II. *op. cit.*, pp. 330 y ss.

a la nación o a las provincias, según el territorio donde se encuentre. Corrobora tal afirmación, el hecho que la Constitución garante la *integridad territorial* de las provincias (artículos 3 y 13, C.N.), prohibiéndose cercenarlas sin su consentimiento. El territorio se compone del suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, el mar territorial y los recursos naturales adheridos o vivientes en aquéllos.[23]

En suma, las provincias son *partes indestructibles* de la nación y poseen derecho a conservar su integridad territorial. Por ello, los recursos naturales ubicados en el territorio provincial son de su dominio; en cambio, los ubicados en la Capital Federal y el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, son del dominio federal.

Las provincias no han delegado al gobierno nacional el dominio y jurisdicción de los recursos naturales; por lo tanto, según el artículo 104 de la Constitución, titularizan su ejercicio.

Sentado el principio del dominio provincial de los recursos naturales, resulta constitucional la *actividad legisferante local*, referente a aguas, bosques, caza, pesca, suelos, etcétera.

La jurisdicción sobre los elementos del medio ambiente es como regla local, a excepción de la enunciación del artículo 67, inciso 12, relativa a comercio y navegación interprovincial o internacional.

Es inherente a la propiedad de los recursos naturales, el poder de disposición y decisión sobre los mismos, y comprende la enajenación, arriendo, imposición, cobrar regalías, etcétera.

Como explicamos, este dominio y consecuente poder de disposición y decisión sobre los recursos naturales, ha sido menoscabado por la nación en el caso de los recursos energéticos (petróleo, energía eléctrica, etcétera).

En la Constitución de las *nuevas provincias —Chubut, artículo 91; Neuquén, artículo 227—*, se consagra expresamente al dominio, poder de disposición y decisión sobre los yacimientos y fuentes energéticas. En este orden, la *Ley 1611 de la Provincia del Neuquén* de 1985, tiende a transformar en realidad las disposiciones de las constituciones nacional y local.[24]

El *dominio de la atmósfera* es federal o provincial de conformidad a las pautas constitucionales, y la jurisdicción está sujeta a los mis-

[23] *Cfr.*, Cano, Guillermo J., "Los recursos naturales en nuestro régimen federal", en *ED.*, 106-839; Dromi, José Roberto, *Federalismo y municipio*, 2a. ed., Mendoza, Ed. Ciudad Argentina, 1983, pp. 71 y ss.

[24] *Cfr.*, Exposición de Motivos de la Ley 1611 del Neuquén.

mos lineamientos, a excepción de la utilización de la atmósfera para el comercio o comunicaciones interprovinciales o internacionales, que será de jurisdicción federal exclusiva (artículo 67, inciso 12, C.N.).

El *dominio de la flora y fauna* es local o provincial, y, como consecuencia, también la jurisdicción, lo cual ha sido receptado por el Código Civil (C.C.) en sus artículos 2542 y 2549, y en la Ley 22432 de conservación de la fauna, que establece un procedimiento de adhesión de las provincias.

El *dominio de los bosques y parques* es nacional o provincial, según las pautas constitucionales, y la jurisdicción también. Así, la ley 13273 y sus modificatorias han establecido una legislación única, invitando a las provincias a su adhesión.

K. Legitimación procesal para la tutela ambiental

La protección ambiental ha brindado tema de debate a los constitucionalistas y procesalistas sobre la factibilidad de que un ciudadano ante la degradación del ambiente pueda ejercer una acción en justicia. La base de tal debate se encuentra en que la degradación del ambiente trasciende el mero interés individual, afectando a un número indeterminado de personas, e incluso supera las barreras geográficas y políticas, llegando en algunos casos a poner en peligro la existencia de vida en el planeta. Así, por ejemplo, la extinción de una especie vegetal o animal trasunta una pérdida para las generaciones actuales y futuras, la contaminación de los mares por los desechos nucleares o de petróleo amenaza gravemente el equilibrio ecológico del planeta, otro tanto sucede con la contaminación de la atmósfera.

Ante tal situación, los hombres de derecho han tratado de encontrar las soluciones, si bien por distintos caminos. Para algunos, la solución viene dada por una reforma constitucional, receptando la *acción popular*; para otros, una legislación especial atribuyendo a *entidades intermedias la legitimación en forma conjunta con el Ministerio Público;* otros, restringen la facultad a este último y no han faltado quienes han pretendido trasladar a nuestro esquema institucional la figura del *ombudsman* de feliz aplicación en la legislación comparada.

Para nosotros, constituye un acierto visualizar la existencia del problema, no así los distintos medios de solución propuestos. Estos últimos parten de un error común, el cual es *no reconocer al ser humano en su calidad de tal, un derecho al medio ambiente.* La concepción

de los *intereses difusos*,[25] lejos de aportar *luz* al problema, lo *oscurece* y trasunta una reminicencia de la concepción decimonónica que consagraba la tripartición entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. El *"interés colectivo"* es también un derecho subjetivo y éste es sinónimo de la libertad pública, y sus caracteres son unitario, sustantivo, normativo primario (libertad pública), potestativo, limitativo e irrenunciable.[26] Las leyes de procedimiento administrativo de Neuquén 1284/81 y de Chubut 2234/83, han receptado la buena doctrina, y en su artículo 114 establecen: "Entiéndese por derecho subjetivo la facultad de exigir para *resguardo* propio o *de la legalidad misma*, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situación de *exclusividad, concurrencia o generalidad*..."

La necesidad de una reforma constitucional constituye un ritualismo innecesario, porque, como lo ha destacado un sector jurisprudencial al cual adherimos,

> ...Están habilitados para iniciar una acción de amparo, aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía ésta que se encuentra implícita en el art.

[25] *Cfr.*, Morello, Augusto M., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", en *Jurisprudencia Argentina*, 1978-II-321; Peyrano, Guillermo F., "Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, 1983-III-833; Vázquez Rossi, Jorge, "Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos", *Cuadernos de Derecho Procesal*, Santa Fe, núm. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1983, pp. 131 y ss.; Morello, Augusto Mario y Gabriel A. Stiglitz, "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos", en *Jurisprudencia Argentina*, diario del 16 de octubre de 1985.

[26] *Cfr.*, Dromi, Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1980, p. 37; Quiroga Lavie, Humberto, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 103; en sentido contrario: Marienhoff, Miguel S., "Delfines o toninas y acción popular", en *ED.*, 105-244, y "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso", en *ED.*, 106-922, para quien: "En nuestro ordenamiento jurídico las prerrogativas individuales se clasifican en 'derecho subjetivo', 'interés legítimo' e 'interés simple'. Así resulta de la legislación nacional sobre procedimiento administrativo (artículo 1, inciso f, párrafo 1º, decreto-ley 19549) y de todas las modernas leyes sobre procedimiento administrativo, como así de los códigos procesales contencioso administrativos de nuestras provincias..." Y refiriéndose a quienes accionan en protección del ambiente concluye: "...no sólo carecían de un derecho subjetivo, sino que ni siquiera tenían un interés legítimo que sirviera de base a su pedido, agregué que su posición únicamente trasuntaba un interés simple, prerrogativa que, si bien es suficiente para peticionar a las autoridades administrativas, no lo es para impugnar judicialmente un acto administrativo, salvo el supuesto de agravio a una garantía constitucional, circunstancia esta última que no concurría en el caso contemplado..."

33 de la Constitución Nacional... *Todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a la protección del equilibrio ecológico*... En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia de que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa[27]... es necesario poner en claro... *no acciona como administrado sino como titular de derechos humanos* que son *inherentes* a su condición de tal y que *no han sido delegados* a quienes los deban representar en las funciones de gobierno; de modo tal que no puede argumentarse en contra lo que dispone el art. 22 de la Constitución Nacional... La ley procesal, cuando exige la justificación de un derecho subjetivo lesionado para promover la respectiva acción, no ha hecho distinción entre derechos subjetivos privados y públicos, de forma tal que deba excluir de la legitimación a estos últimos...[28]

La legitimación del Ministerio Público, en concurrencia con entidades intermedias o en forma excluyente, importa un desmembramiento del *derecho* —de raigambre constitucional— *de todo hombre a la preservación del ambiente*, y desde el punto de vista pragmático sólo producirá un aumento nominal de las funciones del Ministerio Público con evidente perjuicio para los intereses en juego.

La traslación del *ombudsman* o *"defensor del pueblo"* a nuestro esquema institucional, consideramos que no es viable por no adaptarse a la indiosincrasia nacional, cercenar los derechos subjetivos individuales de los miembros de la comunidad, sobreponerse con cometidos de *"control"* que ostentan otros organismos constitucionalizados y, en la

[27] Primera instancia cont. adm. fed. (Juzgado Nº 2), firme, mayo 10-1983, "Kattan, Alberto E, y otro c/Poder Ejecutivo Nacional", en *Ed.*, 105-245, con nota crítica de Marienhoff, *Delfines o toninas y acción popular, op. cit.*, para quien: "...Fallos o sentencias como el mencionado, sin perjuicio de la alabable intención que pueda informarlos y aparte del error de derecho inicial, son lamentables porque son disolventes: alteran el orden jurídico, interfiriendo indebidamente en la actividad normal de la Administración Pública..."

[28] "A.E. Kattan c/Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería) s/venta del agroquímico 2.4.5.T", en *Ambiente y recursos naturales, Rev. de Derecho, política y administración*, núm. 1, vol. I, enero-marzo 1984, p. 57; Reconociendo también el concepto moderno de derecho subjetivo, el fallo de 1ª instancia, Juzgado Civ., Com. y Minas Mendoza, "Gianella Horacio v. Prov. de Mendoza", "... Su legitimación surge de su calidad de abogado, ciudadano, contribuyente, político y ser humano...", y la nota aprobatoria de Miri de Heras, Susana, "Amparo contra proyectos de leyes", en *JA.*, 1984-II-57.

práctica, sólo contribuir a aumentar el ya sobredimensionado aparato administrativo.[29]

Resulta de interés establecer algunas precisiones sobre la *legitimación de las entidades políticas, provincia y municipio,* para accionar preventiva o reparativamente contra otro municipio o provincia por degradación, contaminación o polución ambiental. Revistiendo dichas entidades el carácter de *titular del derecho de preservar su integridad territorial* y poseyendo la obligación de promover al bienestar general, es indubitable su derecho de accionar judicialmente, siendo tribunal competente la Corte Suprema de Justicia de la Nación o las supremas cortes o altos tribunales de provincia, según sea la entidad accionante.

L. Responsabilidad civil y contaminación ambiental

Para la reparación de los perjuicios producidos por la degradación del medio ambiente, rigen los principios generales de la responsabilidad civil. La *legitimación activa* corresponde a cada miembro de la comunidad.

En relación a la *legitimación pasiva,* la acción puede dirigirse contra los sujetos que degradan el ambiente y contra el Estado que hubiera autorizado o consentido la actividad degradante. Sin perjuicio de los supuestos de *responsabilidad por culpa* o *dolo* del sujeto degradador, los daños producidos al medio ambiente encuadran en el régimen de la *responsabilidad objetiva por riesgo* o *vicio de la cosa* (art. 1113 segunda parte, C.C.).[30] Según el caso, podrá solicitarse la prevención del daño, su cesación o reparación.

La reforma de la Ley 17711 al artículo 2618, resulta insuficiente para aprehender la problemática ambiental, desde que su aplicación está limitada a las relaciones de vecindad.[31]

En lo referente a nuestro tema de estudio, la competencia para legislar sustantivamente en materia de responsabilidad civil es *competencia*

[29] Acerca de los caracteres y funcionamiento de la figura del *ombudsman, cfr.,* Fairen Guillén, Victor, *El defensor del pueblo Ombudsman,* Madrid, t. I, Parte General, Centro de Estudios Constitucionales, 1982; Rowat, Donald C., *El ombusdman,* México, Fondo de Cultura Económica, 1973; Stacey, Frank, *The British Ombudsman,* Oxford, Claredon press, 1971; Suti di dirit o pubblico comparato a cura di Mortati, Constatino, *L'ombudsman (IL difensore civico),* Torino, UTET, 1974.

[30] *Cfr., Ponencias y conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil,* Mar de la Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983, tema II.

[31] *Cfr., Stiglitz, Gabriel A.,* "Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente, en *La Ley,* 1983-A-782.

de la nación, sin perjuicio de la facultad de las provincias de establecer las normas de procedimiento (artículo 67, inciso 11, C.N.).

M. Limitaciones a la propiedad en interés privado

Las limitaciones de la propiedad en interés privado son regladas por el Código Civil,[32] y, por tanto, de competencia federal. El Código Civil enumera, entre otras las siguientes: prohibición de hacer excavaciones o fosos que puedan producir desmoronamientos (artículo 2615); responsabilidad por exceder la "normal tolerancia" con ruidos, humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones (artículo 2618); prohibición de "construir" (pozos, cloacas, chimeneas, fraguas, hornos, acueductos) cerca de una pared divisoria o medianera (artículos 2621, 2622 y 2623); prohibición de hacer "plantaciones" cerca de la pared medianera o divisoria (artículo 2628); obligación de que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo (artículo 2630).

Otras limitaciones a la propiedad en interés privado son reguladas por las ordenanzas de urbanismo y leyes de zonificación (altura de edificios, lugares, luces y vistas, etcétera) y, por ende, son de competencia local.

IV. Conclusiones

En suma, en el "gobierno" y la "administración" del medio ambiente en Argentina, coparticipan nación, provincia y municipio. Las *políticas gubernativas* por principio, deben ser de la competencia nacional y provincial, según la materia y jurisdicción; en tanto que las *técnicas administrativas* prestacionales deben ser atribuciones, también por principio, de los gobiernos comunales.

En ese orden de ideas, es recomendable descentralizar la "administración ambiental", *volver al municipio*, la escuela primaria de la democracia, para que, como administrador de los intereses y servicios locales, reasuma cometidos prioritarios y elementales de primera necesidad en materia de higiene y salubridad pública, y también volver a *la provincia*, que, como titular primario de los recursos naturales, debe participar activamente en la salvaguardia del *"hábitat social"* del individuo y en la tutela de su *"integridad territorial"*.

La contaminación ambiental va de la mano de la "desmunicipaliza-

[32] *Cfr.*, Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires., t. I, TEA, 1962, actualizado por Manuel J. Argañarás, pp. 349 y ss.

ción" y "desprovincialización". Municipio y provincia deben dejar de ser diferentes administrativa y legislativamente ante el cumplimiento de un cometido específico de los intereses públicos locales confiados a la custodia de las autonomías.

El "derecho ambiental" debe ser construido sobre la base de "cesión de técnicas" de la ciencia jurídica, aplicadas particularmente al "objeto propio" de esta materia científica. El derecho ambiental es una disciplina *infieri* y para tutelar nada más ni nada menos que el "ambiente", "mi circunstancia", "mi propio yo"; él apunta a lograr el *Estado de bienestar social*, que no es el *bienestar social del Estado*, precisamente.[33]

[33] Hernández, José, *Martín Fierro*: "Yo hago en el trébol mi cama/y me cubren las estrellas" (parág. 100).

EL NUEVO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL DE PANAMÁ

Jorge FABREGA P.

SUMARIO: I. *Antecedentes inmediatos.* II. *Interpretación de la Ley procesal.* III. *Integración de la ley procesal.* IV. *Autonomía del derecho procesal civil.* V. *Obligaciones y responsabilidad civil de los jueces, de las partes y de los apoderados.* VI. *Gratuidad.* VII. *El carácter imperativo.* VIII. *No es formalista.* IX. *Principio de orden consecutivo legal.* X. *Principio del contradictorio o de la audiencia bilateral.* XI. *Aceleración del proceso.* XII. *Principio de economía nacional.* XIII. *Principio dispositivo.* XIV. *Substanciación oficiosa una vez presentada la demanda, y principio de legalidad.* XV. *Atenuación al principio de eventualidad.* XVI. *Humanización del proceso.* XVII. *Principios probatorios.* XVIII. *Principios de inmaculación.* XIX. *Principio de la probidad y lealtad procesal.* XX. *Poderes y deberes del juez.* XXI. *Atenuación al principio de "conformación con los actos".* XXII. *Medidas para evitar o reprimir el fraude procesal.* XXIII. *Evolución del proceso.*

La Comisión Codificadora que elaboró el nuevo ordenamiento procesal civil de Panamá —que tuve el honor de presidir—, al preparar el Anteproyecto tuvo permanentemente presente las enseñanzas del maestro Héctor Fix-Zamudio en el sentido del que el proceso debe estar "impregnado de justicia social, en el cual, las partes, situadas en un plano de auténtica igualdad, puedan expresar pública y libremente sus pretenciones, con la oportunidad razonable de demostrarles ante un juez independiente, imparcial y dotado de facultades suficientes para dirigir el proceso hacia una resolución justa y equilibrada de la controversia." (Constitución y proceso civil en Latinoamerica.)

El nuevo Código Judicial contiene cuatro libros: Organización judicial (libro I); Proceso civil (libro II); Proceso penal (libro III); Proceso constitucional (libro IV).

Nos dedicaremos a examinar el régimen procesal civil.

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS

Nuestro Código Judicial de 1917; Código Argentino de 1967; Código Colombiano de 1970; Código Brasil de 1973; Anteproyecto de Códi-

go de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorio Federal de México (1948); Principios aprobados por distintas jornadas Latino-Americanas de Derecho procesal, entre ellas, las V Jornadas; U. S. Federal Rules of Civil Procedure (terceros, demanda en contra de la coparte, *judicial notice, contempt of court, proceedings supplementary to execution);* jurisprudencia nacional.

Asimismo, pliego de observaciones formuladas por los magistrados de la Corte Suprema y por numerosos abogados; participación personal de Hernando Devis Echandía, Hernando Morales, Humberto Briseño Sierra.

Extensión

El Código Judicial —que regula, como hemos expresado, la organización judicial, el régimen procesal civil, el penal y el constitucional— contiene 2673 artículos.

La reforma prescindió de consideraciones teóricas que formularon algunos procesalistas respecto a la extensión. El número de artículos de un Código ha de depender del criterio con que se elabora el instrumento teniendo en cuenta el medio cultural, jurídico y político.

II. Interpretación de la ley procesal

El nuevo Código contiene normas sobre interpretación e integración de la ley procesal.

La disposición que regula la interpretación de la ley procesal es el artículo 520 del Código Judicial; así:

> *Artículo 520.* El Juez, al proferir, sus decisiones, debe tener en cuenta que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial y con este criterio se deben interpretar las disposiciones del presente Código.
> Las dudas que surjan en la interpretación de las normas de este Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y general del derecho procesal, de manera que se observe el debido proceso, la igualdad de las partes, la economía y la lealtad procesal.

El artículo 523 complementa el criterio del artículo 520 al enunciar, como lo hace, que las normas procesales no deben interpretarse, formalísticamente, sino como normas instrumentales:

> Cuando la ley establezca formas o requisitos determinados para los actos del proceso, sin que establezca que la omisión o desconocimiento de dichas formas o requisitos hacen el acto nulo o ineficaz, el juez le reconocerá valor o eficiencia, siempre que la forma adoptada logre la finalidad perseguida por la ley.
>
> Los actos del proceso prescritos por la ley para la cual ésta no establezca una forma determinada, los realizará el juez, quien dispondrá que se lleven a cabo con la menor formalidad posible, de manera adecuada al logro de sus fines.

El artículo 520 habla de "principios de derecho constitucional" y "principio de derecho procesal." Entre los principios de derecho constitucional se encuentran los siguientes:

a) Debido proceso (artículo 32 de C.N.), que constituye el ser juzgado por autoridad competente, oportunidad real y efectiva de contradecir la pretensión (sea al inicio, como en el proceso ordinario; o *a posteriori*, en que se invierten el contradictorio, como en el proceso monitorio); la posibilidad de presentar prueba de cargo y descargo; juez natural; consagración de medios de impugnación; igualdad de oportunidades; etcétera.

b) Los principios que concretiza el artículo 212 de la carta fundamental; así:

> *Artículo 212.* Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios:
>
> 1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
> 2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial.

Además de los principios de derecho constitucional, señala el artículo 520 del Código Judicial que debe acudirse a los principios de derecho procesal.

Los principios generales —o "máximas" como los denomina la doctrina alemana— se encuentran enunciados en forma genérica en el título preliminar del libro II del Código Judicial, y en otros casos en que se encuentran cristalizados en estructuras y reglamentaciones de situaciones específicas que surgen del ordenamiento procesal.

Esos principios del derecho procesal pueden resumirse así: autonomía del derecho procesal civil; gratitud; carácter imperativo; no es formalista; principio de orden consecutivo legal; principio de contradictorio o de la audiencia bilateral; igualdad de las partes; abreviación del pro-

ceso; principio de economía procesal; principio dispositivo; substanciación oficiosa, una vez presentada la demanda, y principio de legalidad; carácter taxativo de las nulidades; principio de inmaculación; principio de la verdad material; principio de las dos instancias. El capítulo I del libro II se denomina "principios".

Para facilitar la interpretación de las normas, el nuevo Código contiene además algunas definiciones.

La Comisión mantuvo ciertas definiciones y descartó el argumento en el sentido que la función de la ley es regular y no definir. Las disposiciones que definen son normas secundarias o normas medios que integran las normas propiamente dichas, y están en función de la aplicación de las normas principales y desempeñan la función pragmática de evitar criterios discrepantes y discusiones que pueden fácilmente evitarse.

III. Integración de la ley procesal

Para llenar las lagunas de la ley procesal, el artículo 520 especifica que cualquier vacío se llenará con las normas que regulan casos análogos y, a falta de éstos, con los principios generales de derecho procesal.

Para determinar la laguna, no basta una constatación formal; hay que guiarse por el plan de la ley. Se da la laguna —como expresa Larenz— cuando la cuestión que se trata es en absoluto susceptible y está necesitada de regulación jurídica.

IV. Autonomía del derecho procesal civil

a) El Código regula unitariamente todo el aspecto procesal (organización judicial, régimen procesal civil, penal y constitucional).

b) El juez civil decide la pretensión y las excepciones. No existen cuestiones prejudiciales ni la cosa juzgada en lo laboral o en lo penal produce efecto de cosa juzgada en lo civil.

V. Obligaciones y responsabilidad civil de los jueces, de las partes y de los apoderados

Obligaciones de los jueces

Sin perjuicio de las expresamente previstas, los jueces tienen las siguientes obligaciones:

1. Dirigir e impulsar el trámite, velar por su rápida solución y procurar la mayor economía procesal.
2. Despachar los asuntos dentro del término legal.
3. Asistir a las diligencias que le correspondan.
4. Ejercer de oficio las funciones de saneamiento y decretar pruebas de oficio.
5. Motivar las sentencias y los autos.
6. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y obrar en éste con legalidad.
7. Prevenir, remediar y sancionar todo acto contrario a la dignidad, lealtad de la justicia, probidad y buena fe, lo mismo que cualquier tentativa de fraude procesal, de obtener fines prohibidos por la ley o de realizar actos procesales y regulares.
8. Ejercer de oficio las funciones de saneamiento previstas en el Código.
9. Disponer de oficio las diligencias conducentes a evitar nulidades procesales, a conformar adecuadamente el litis consorcio accesorio y eliminar los otros motivos de sentencias inhibitorias.
10. Hacer uso de las facultades que la ley le otorga en materia de pruebas, siempre que estos sea conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y decidir de acuerdo con el derecho.

Independientemente de las sanciones disciplinarias y penales que establece la ley, los jueces responden por los perjuicios que causen a las partes en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o en forma arbitraria.
2. Cuando rehusen, omitan o retarden injustificadamente una resolución que deben dictar de oficio o a requerimiento de parte.
3. Cuando violen la ley por ignorancia o error inexcusable.

La responsabilidad que se consagra se hace exigible en proceso separado ante el respectivo superior o la Corte Suprema; se tramita en única instancia, pero en el primer caso tiene recurso de apelación si su cuantía lo permite.

Partes y sus apoderados. Deberes generales

1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.
2. Obrar sin temeridad en sus pretenciones y excepciones.

3. Abstenerse de excepciones injuriosas o indecorosas y guardar el debido respeto a los magistrados y jueces, a los subalternos, a las partes del proceso.
4. Concurrir a las citaciones del juez y atender sus órdenes e instrucciones.
5. Presentar al juez o magistrados su colaboración para la práctica de pruebas y cualquier diligencia.

Las partes responderán por los perjuicios que causen a otra parte o a terceros con sus actuaciones procesales o de mala fe. Cuando en el porceso haya prueba de tal conducta, el juez impondrá la correspondiente condena en la sentencia o el auto que la decida, y si no fuere posible fijar allá su monto, se liquidará en la forma prevista para condena genérica o en abstracto; si el proceso se ha conducido, dicho trámite se adelantará con independencia de aquél. Tratándose de medidas cauterales, las condenas de perjuicios se fijarán mediante incidentes.

VI. Gratuidad

a) Toda la actuación y gestión se surte en papel simple y libre de costo, impuesto o tasa, así como los actos, diligencias, telegramas, certificados, copias o documentos, que se requieren durante el proceso o cautelarmente;

b) Se facilita el acceso a los tribunales a personas de escasos recursos mediante el instituto de la Defensoría de Oficio (Artículos 478 y ss.);

c) Deber del tribunal de suministrar gratuitamente a las partes copias de las sentencias y autos que le ponen fin al proceso;

d) Eliminación de la caución de costas *(cautio judicam salvi)*.

VII. El carácter imperativo

a) Normas de orden público;

b) Aplicación inmediata;

c) Irretractabilidad;

d) La jurisdicción nacional no queda excluida por la pendencia un juez extranjero del mismo proceso o de otro conexo con éste (Artículo 240);

e) La tutela jurisdiccional no podrá ser limitada sino con arreglo a las disposiciones expresas de la ley (Artículo 239);

f) Son ineficaces los pactos anticipados sobre medios de prueba o sobre costas.

Con todo, el Código le concede a la voluntad de las partes cierta esfera de actuación dispositiva, tales como:

a) Suspensión del proceso por acuerdo de las partes;

b) Prórroga de competencia, dentro de ciertos supuestos;

c) Renuncia de término formalidad o garantía por la parte a quien favorece;

d) Reducción o reposición de términos, sujetos al prudente arbitrio del juez;

e) Suspensión o variación o que se dé por evacuado determinados trámites legales;

f) Sumisión al proceso arbitral y reglas procesales y sumisión al proceso oral mediante acuerdo de las partes.

VIII. No es formalista

a) El juez debe tener en cuenta que el fin del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial y con ese criterio debe interpretar las normas procesales;

b) Sólo producen la nulidad aquellas desviaciones trascendentales, que causan perjuicios procesales graves e insubsanables;

c) Cualquier defecto en la identificación, denominación o calificación de la acción, pretensión, incidente, o recurso, o del acto, de la relación o del negocio de que se trate, no es óbice para que el juez acceda a lo pedido de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de la parte es clara;

d) Sencillez en la interposición de recursos —incluyendo casación—;

e) Cuando en la interposición o sustentación de un recurso se incurre en error respecto a su denominación se admitirá si se deduce su propósito;

f) Amplitud en la corrección de la demanda (incluyendo nuevas pretensiones, nuevos sujetos procesales, etcétera);

g) Los incidentes no están sujetos a formalidad especial. No se requiere llevar a los incidentes pruebas que obren en el expediente principal;

h) Una vez que se haya admitido una persona en el proceso como apoderado de otra, no se puede rechazar o desestimar escrito, memorial o gestión suya, aunque el juez advierta que carecía de poder, o que éste era insuficiente o defectuoso, si no debe proceder al saneamiento;

i) El juez debe aplicar las medidas de saneamiento para evitar nulidades y sentencias inhibitorias;

j) La nulidad habrá de decretarse sólo cuando sea absolutamente indispensable para evitar indefensión o afectación de derechos de terceros. No prosperará si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación;

k) Cuando se dicte una resolución correcta que corresponda, se debe admitir contra ella el recurso que proceda. No es impugnable una resolución que debe dictarse mediante proveído que no admite recurso, aunque se adopte por medio de una resolución recurrible;

l) Una vez que el secretario reciba un escrito, no lo puede devolver por defectos meramente formales;

ll) Los apoderados pueden transmitir escritos, memoriales y peticiones por telegráfo;

m) El no dar nombre técnico o una excepción no es motivo para que se desconozca el hecho que la constituye;

n) Amplitud para la presentación de poderes;

ñ) Medidas cauterales innominadas;

o) Tratándose de medidas cauterales, las oposiciones y las impugnaciones incidentes se surten oralmente en el momento en que se ejecuta la medida, o posteriormente en el tribunal, si ya se hubieren practicado, sin formalidades especiales;

p) Se elimina la necesidad de publicación en la *Gaceta Oficial.*

IX. Principio de orden consecutivo legal

Se mantiene el régimen de 1917, mediante el cual el proceso se desenvuelve de etapa en etapa, si un acto no se realiza en dicha etapa precluye la oportunidad de hacerlo.

X. Principio del contradictorio o de la audiencia bilateral

Se afianza el sistema del "contradictorio".

Aplicaciones

1. Causa de nulidad del proceso la falta de notificación de la demanda y la de la omisión de la apertura de la causa a pruebas o la denegación injustificada de pruebas.

2. No se puede apreciar ninguna prueba que no haya sido incorporada con arreglo a las normas legales, y dentro de los términos esta-

blecidos en la misma, teniendo las partes oportunidad para participar en su práctica.

3. Existen atenuaciones. En los procesos monitorios, en que la decisión se adopta primero y después se instituye el contradictorio.

XI. Aceleración del proceso

a) Reducción de términos;

b) Eliminación de providencias y trámites innecesarios (v.gr.: trámite de alegatos se surte por ministerio de la ley);

c) Se elimina el dia de Secretaría del expediente antes de fijar el edicto;

d) Se puede corregir la demanda o la contestación una sola vez;

e) Se elimina la duplicidad de recursos. Irrecurribilidad de las resoluciones de trámite;

f) Se facilitan las notificaciones;

g) Eliminación de cuestiones prejudiciales;

h) Consagración del proceso sumario para controversia sobre contratos de arrendamiento, transporte terrestre, depósito, mandamiento, comodato, cobro de honorarios profesionales, cancelación de hipoteca, disolución de sociedades, etcétera;

i) Proceso oral: relaciones de familia y negocios respecto a los cuales las partes acuerden.

XII. Principio de economía procesal

a) Tanto el juez como los órganos auxiliares de la jurisdicción adoptarán las medidas legales que sean necesarias para lograr la mayor economía procesal;

b) La demanda puede ser aclarada, ampliada, corregida, reformada, adicionada con nuevos hechos, personas o pretensiones;

c) El demandado puede contestar la demanda aunque no haya recibido el traslado, caso en el cual se entenderá surtido este trámite;

d) Cuando los demandados fueren dos o más, el juez, después de contestada la demanda, les ordenará que constituyan un solo apoderado (salvo intereses en conflicto), para que tenga la representación y continúe el proceso, y si no lo hicieren, el juez escojerá un apoderado común;

e) Concepción elástica del principio de la congruencia, reconociendo el derecho de innovar con lo que no es más que derivado de la pre-

tensión: intereses, frutos, accesorios, cuotas vencidas, producidas después de la primera instancia y daños experimentados con posterioridad;

f) Se mantiene nuestra tradición; no existen excepciones previas. (Las impropiamente denominadas "dilatorias" conforme demostró Bullow). Se eliminan las cuestiones prejudiciales;

g) Acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones en la demanda. Acumulación de proceso ejecutivo común al prendario y al hipotecario. Acumulación de sucesiones;

h) Si la demanda contuviera varias pretensiones y fueren contrarias y de carácter principal, se tendrá como principal la primera y como subsidiaria las restantes;

i) El juez debe rechazar, sin trámite, todo incidente manifestante improcedente y mediante decisión irrevocable;

j) Unificación procesal;

k) Se regula el liticonsorcio necesario y facultativo;

l) El juez puede de oficio decretar la acumulación de procesos;

m) El juez puede citar de oficio a las partes y apoderados para economía y simplificación del proceso;

n) Intervención de terceros como coadyuvantes o con interés propio en el proceso, comprobando un interés legítimo;

ñ) Se permite pruebas trasladadas;

o) Como regla, todo incidente se decide en la sentencia. Todos los incidentes cuyas causas existan simultáneamente deberán promoverse a la vez. Los que se promuevan después serán rechazados de plano;

p) La nulidad se decreta cuando sea absolutamente indispensable para evitar indefensión o bien afectación de derechos de terceros. No prospera si es posible reponer el trámite o subsanar la actuación;

q) El juez puede de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes habilitar días y horas, para la práctica de diligencias judiciales;

r) Casación *per saltum*.

XIII. Principio dispositivo

Las partes estructuran el objeto litigioso y las facultades del juez tienen por finalidad dirigir e impulsar el proceso, depurarlo de cualquier objeto o vicio y verificar las afirmaciones de las partes. Rige el principio de congruencia, salvo en supuestos especiales de procesos de relaciones de familia y en los antes expuestos.

XIV. Substanciación oficiosa una vez presentada la demanda, y principio de legalidad

Mientras que en el proceso civil de 1917 el juez no es más que un protagonista ("una esfinge impasible", Bahr), en el proceso actual es un sujeto activo, que tiene amplias facultades en la dirección del proceso y en la recepción oficiosa de la prueba: poderes propulsores y asistenciales.

XV. Atenuación al principio de eventualidad

Por ejemplo:

a) El fallo puede tomar en cuenta hechos extintivos o modificativos del objeto del proceso;

b) Fungibilidad de testigos y peritos (muerte, incapacidad, ausencias, etcétera).

c) Se pueden introducir nuevos sujetos procesales después de notificada la demanda.

XVI. Humanización del proceso

a) Contacto del juez con las partes;

b) Inadmisibilidad de las pruebas contra la moral o las buenas costumbres;

c) La conducta procesal de las partes constituye un indicio;

d) Prohibición de ejercer coacción física sobre las personas;

e) El juez suple deficiencias de los apoderados de las partes u ordena que corrija errores en la demanda o en su escrito de casación o prescinde de dichos errores en la calificación o de la determinación de un escrito o recurso si la intención es clara. Tiene el deber de velar por la igualdad de las partes;

f) Regla del criterio humano (sana crítica) en la apreciación de la prueba;

g) Eliminación del "amoral tecnicismo procesal";

h) Principio de probidad y lealtad procesal;

i) Facilitación del "patrocinio gratuito" y asistencia forense a personas de escasos recursos;

j) Eliminación de la *"ficta confessio"*;

k) Deberes del abogado para el cliente y para el juez;

l) Gratuidad del proceso;

m) Se declara que son inembargables: parte mínima del salario o sueldo de todo trabajador o empleado; 85% del salario o sueldo disponible; instrumentos de trabajo de personas naturales; prestaciones laborales; pensiones alimenticias; pensiones y jubilaciones; sumas depositadas en cuentas de ahorro en instituciones bancarias, hasta mil balboas ("dólares"); sumas que se deban anticipar a contratistas de obras durante la ejecución de la obra, salvo por trabajadores o proveedores; ganado vacuno, porcino, caballos, cosechas, hasta por quinientos balboas; camiones de transporte público, si son de propiedad del conductor.

XVII. Principios probatorios

a) Numerus apertus respecto a los medios de prueba;
b) Sana crítica en la apreciación de la prueba;

XVIII. Principios de inmaculación

De acuerdo con este principio, el juez debe adoptar las medidas necesarias a efecto de depurar el proceso de todo vicio o irregularidad, de modo que, al momento de fallar, decida la pretensión, evitándose así las sentencias inhibitorias.

El Código atribuye al juez adecuados deberes-facultades con el expresado propósito. Entre ellas, se destacan las siguientes:

1. Deber de darle al escrito o a la demanda el trámite que le corresponda.
2. Despacho Saneador. (En la etapa preliminar y en el curso del proceso.)
3. Llamamiento al proceso.
4. Saneamiento en la apelación y en la consulta.
5. Deber del juez de "emplear los poderes que el Código conceda para evitar nulidades" (artículo 208, ords. 10 y 11).

XIX. Principio de la probidad y lealtad procesal

El nuevo Código ha optado, por un lado, imponer a las partes el deber de probidad y lealtad procesal, y por el otro, atribuir al juez la función de velar por la rectitud y probidad del proceso, confiriéndole amplios poderes con ese fin. Se trata de un deber y no de una carga.

Al establecer el contacto directo del juez con las partes, se refuerza este principio.

A estos deberes de las partes corresponden deberes del juez de ejercer un papel activo y una función socioasistencial.

El Código enuncia el principio así:

> Las partes deben comportarse con lealtad y probidad durante el proceso y el Juez hará uso de sus facultades para rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta o ineficaz del litigio o cuando se convenza de que cualquiera de las partes o ambas se sirvan del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley.

Encontramos en el articulado del Código las siguientes concreciones:

1. El juez puede deducir indicios de la conducta de las partes en el proceso (v.gr.: conducta omisiva, oclusiva, mendaz, etcétera).

2. El juez está facultado para que, si advierte que puede ello ser beneficioso, de oficio o a petición de parte, haga comparecer personalmente a todas o cualquiera de las partes y sus apoderados en audiencia, en la cual procurará que las partes establezcan lo indispensable para la validez de cualquier acto procesal.

3. Facultad para reprimir fraudes procesales cuando el juez se convenza de que "Cualquiera de las partes o ambas se sirven del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la Ley".

4. En lo referente a las nulidades se establece que la solicitud de las mismas no la puede formular la parte que ha celebrado el acto si sabe, o debe saber, el vicio que le afectaba, ya que se presume que si conoce el vicio en la misma forma conoce los efectos de su actuación, por lo que no tiene sentido que luego de celebrar el acto aspire retrotraer el estado del litigio con perjuicios para la otra parte y para la recta administración de justicia que debe ser expedita. (Se exceptúan —como es obvio— los casos de nulidades insubsanables cuya declaración puede ser solicitada por cualquiera de las partes indistintamente.)

5. Se sanciona penalmente la presentación de documentos falsos al igual que la presentación de testigos falsos, a sabiendas de que lo son.

6. En cuanto a las notificaciones, se establece que si la persona a quien debe notificarse una resolución se manifiesta de cualquier forma sabedora o enterada de ella o hace alguna gestión en relación con la misma, se surtirá desde entonces los efectos de una notificación personal, ya que se da de hecho notificado.

7. En los procesos de conocimientos el juez está obligado a utilizar los poderes y facultades que el Código le otorga para verificar las afir-

maciones de las partes e impedir cualesquiera actos que sean contrarios a la lealtad y probidad procesales.

8. Contiene normas que sancionen el comportamiento de las partes o sus apoderados, por violaciones a normas éticas o deontológicas.

Procede insistir en que la falta de probidad constituye un indicio en contra de la parte.

XX. Poderes = deberes del juez

Poder directivo

Le corresponde al juez imprimirle al proceso la tramitación que le corresponda, independientemente de la orientación que las partes le impriman. Así establece que el impulso y la dirección del proceso corresponden al juez, quien cuidará de su rápida tramitación, sin perjuicio del derecho de defensa de las partes.

El artículo 527 preceptúa:

> El tribunal debe darle a la demanda, petición, recurso o incidente, el trámite que legalmente le corresponda, cuando el señalado por la parte esté equivocado.

El artículo 1163 complementa el anterior precepto como sigue:

> Cuando en la interposición o sustentación de un recurso se incurra en error respecto a su denominación, o en cuanto a la determinación de la resolución en que se impugne, se concederá o se admitirá dicho recurso, si del mismo se deduce su propósito y se cumplen las disposiciones pertinentes de este Código.

El Código le exige al juez el deber de:

> 1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal;
>
> 2. Emplear los poderes que este Código conceda, para evitar nulidades, sanear el proceso, verificar las afirmaciones de las partes, impedir actos contrarios a la lealtad y probidad procesal...

El juez puede incluso prevenir verbalmente al actor o al demandado a efecto de que corrija o complemente el escrito señalando los defectos

a) Impulsar el proceso y evitar su paralización;

b) Economía procesal;

c) Verificar las afirmaciones de las partes mediante decreto oficioso de cualquier prueba e interrogatorio de las partes;

d) Evitar sentencias inhibitorias;

e) Citar a las partes o a sus apoderados para la concertación, validez o simplificación de los actos procesales;

f) Evitar o subsanar nulidades;

g) Deber de resolver dentro de los términos señalados y deber de motivar adecuadamente la sentencia;

h) Impedir actos contrarios a la lealtad y probidad procesal;

i) Rechazar de plano cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta (sin afectar el derecho de defensa de las partes);

j) Procurar la igualdad de las partes.

A. En relación con las medidas cautelares

El juez debe procurar en todo momento evitar daños y perjuicios, molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida y podrá de oficio, y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, con sujeción a ciertas limitaciones y restricciones.

Procede señalar que el Código consagra medidas cautelares innominadas así:

> *Artículo 614.* Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios.
>
> La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este título.

B. En relación con la demanda

Si la demanda o la contestación adoleciera de algún defecto, u omitieren algunos de los requisitos de la ley, el juez puede, en el momento de su presentación, prevenir verbalmente demandante o al demandado, a efecto de que corrija o complete el escrito, señalándole los defectos

que advirtiere; el juez debe darle a la demanda el trámite que legalmente le corresponda, aun cuando el señalado por la parte aparezca equivocado.

C. Despacho saneador

1) Inmediatamente después de vencido en término de traslado de la contestación de la demanda, el juez debe examinar si la relación procesal adolece de algún defecto o vicio que, de no ser saneado, producirá un fallo inhibitorio, o la nulidad del proceso. En tal supuesto, el juez debe ordenar a la parte que corrija su escrito, aclare los hechos o las pretensiones, que se cite de oficio a las personas que deben integrar el contradictorio en casos de *litis*-consorcio, que se escoja la pretensión en casos de que se haya de seguir procedimientos de distintas naturalezas, que se integre debidamente la relación procesal, o que se le imprima el proceso el trámite correspondiente en caso de que se haya escogido otro.

2) Una vez que el expediente llegue en apelación o en consulta ante un tribunal superior, éste debe examinar los procedimientos, y si encontrare que se ha omitido alguna formalidad o trámite o que se ha incurrido en alguna causal de nulidad que haya causado efectiva indefensión a las partes, o que se han violado normas imperativas de competencia, debe decretar la nulidad de las actuaciones u ordenar que se cumpla con la formalidad o trámite pertinente y se reasuma el curso normal del proceso, según el caso. Sólo cuando sean absolutamente indispensable, se devolverá el expediente al juzgado del conocimiento, con indicación precisa de las omisiones que deban subsanarse y se indicará también la corrección disciplinaria que corresponda, si hubiere mérito para ello.

3) Deber de sanear el proceso en los supuestos de nuidades supervinentes.

D. Llamamiento oficioso de terceros al proceso

El juez puede requerirle a un tercero que se apersone al proceso en cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenar la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 649. (Artículo 654.)

E. Actividad probatoria

a) El juez de primera instancia puede —y, debe en la medida que se estime necesario para los fines de la pretensión practicar de oficio cualquier prueba —incluso testimonial—, sin limitación ni restricción alguna, y el de segunda instancia las que sean necesarias para aclarar puntos obscuros del proceso;

b) El juez de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada, o a cualquier banco, empresa de transporte, aseguradora o de utilidad o de servicio público cualquiera de los documentos que, a su juicio, estime pertinente al proceso para verificar las afirmaciones de las partes, como certificados, copias, atestados, dictámenes, investigaciones, informativas, o actos de cualquier naturaleza o que se aclare, o complete el documento;

c) El juez puede así mismo solicitar, de oficio o a petición de parte, informes técnicos o científicos a los profesionales o técnicos oficiales o de la Universidad Nacional y en general a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso;

d) Sin perjuicio de las facultades de decretar pruebas de oficio, el juez puede solicitar, antes de dictar sentencia y cuando abrigase dudas sobre la existencia, autenticidad o fidelidad de cualquier documento público que por Secretaría se solicite al custodio del original, con el fin de agregar al expediente copia del mismo; o en su defecto practicar las diligencias necesarias o conducentes para dichos propósitos;

e) El juez podrá ordenar oficiosamente careos de los testigos entre sí y de éstos con las partes;

f) El juez puede rechazar de plano los medios de prueba prohibidos por la ley, notoriamente dilatorios o propuestas con el objeto de entorpecer la marcha del proceso. También podrá rechazar la práctica de pruebas obviamente inconducentes;

g) Si se adujere como prueba solamente parte de un expediente, actuación o documento, el juez oficiosamente deberá adicionar lo que la parte contraria señalare si tuviere relación o fuere conducente, sin perjuicio de que el objetante aduzca también o el juez de oficio ordene que se agregue la totalidad del expediente, actuación o documento en cuestión;

h) El juez puede oficiosamente disponer a solicitud de parte o de oficio, que se intime a terceros la entrega de las piezas originales, copias fotostáticas, o por la Secretaría del tribunal del conocimiento, de

documentos que se hallen en su poder y de interés para el proceso. Lo anterior es sin perjuicio de que la parte interesada pueda acudir a la acción exhibitoria. El juez puede practicar cualquier diligencia que sea necesaria o conveniente a efecto de establecer la autenticidad de todo documento que sea objetado o impugnado de falso;

j) Facultad para investigar el derecho extranjero, en caso de dudas.

F. En el proceso

a) El impulso y la dirección del proceso corresponden al juez, quien debe cuidar de su rápida tramitación, sin perjuicio del derecho de defensa de las partes, y con arreglo a las disposiciones del Código. Promovido el proceso, el juez tomará las medidas tendientes a evitar su paralización, salvo que la ley disponga que ello corresponde exclusivamente a la parte;

b) El juez debe darle a la petición, recurso o incidente, el trámite que legalmente le corresponde, aun cuando el señalado por la parte aparezca equivocado;

c) Cuando el juez advierta que la comparecencia personal de todas o cualquiera de las partes y sus apoderados podría ser beneficiosa para la concentración, validez o simplificación de los actos procesales, de oficio o a solicitud de parte podrá señalar una audiencia, a la que deben concurrir personalmente, bajo apercibimiento de imponerles una multa de veinticinco o doscientos cincuenta balboas en caso de renuncia injustificada. En dicha audiencia el juez debe procurar que las partes establezcan lo necesario para los fines antes previstos;

d) Convalidación de nulidad;

e) Depuración de defectos y vicios;

f) Llamamiento de terceros al proceso, en casos de *litis* consorcio

g) Rechazo oficioso y de plano de cualquier solicitud o incidente notoriamente improcedente o que entrañe una dilación manifiesta;

h) Rechazo de actos procesales simulados o *in fraus legis.*

G. Para que se cumplan las órdenes judiciales

a) Desacato (*Contempt of Court*);

b) Sanciones pecuniares conminatorias (*Astreintes*);

c) Para garantizar la ejecución de la sentencia y que ésta no resulte ilusoria, independientemente de las medidas cautelares, se adopta el procedimiento del sistema federal norteamericano conocido como *proceedings supplementary to execution.*

H. En la sentencia

a) Se permite la condena *plus petita* y *extra petita* en los procesos de familia, sujeto a ciertas limitaciones;

b) El juez ha de tomar en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho substancial sobre el cual verse el proceso, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que ha sido aprobado oportunamente y alegado antes de la sentencia o que la ley permita considerarlo de oficio;

c) El juez debe reconocer oficiosamente las excepciones, excepto la de prescripción;

d) Al hacer la condena, el juez debe procurar hacerlo en suma líquida y virtual prohibición de dictar condena en abstracto o genérico.

XXI. Atenuación al principio de "conformación con los autos"

En el derecho procesal común existe el principio de "conformidad con los autos", según el cual el juez no puede, en ningún momento, salirse de las constancias del expediente, principio que se expresa con el aforismo latino de que: *quod non est in actis non est in mundo.*

Este principio sufre atenuaciones en el nuevo régimen procesal; expresas unas, derivadas de normas específicas que le permiten al juez valerse de medios o elementos extraprocesales ("percepciones extrajudiciales"), e implícitas otras, derivadas de la facultad que tiene el juez de velar por la recta sustanciación del proceso y de evitar fraudes y actos simulados.

Consideramos que la expresión "conocimiento privado" es impropia, ya que la tiene el juez al igual que cualquier otro juez en la sede, y no a título personal.

El juez no puede actuar como si ignorara lo que sólo él sabe y que todo mundo está consciente que él sabe. Criticando el sistema de que "lo que no está en el expediente no está en el mundo", Bentham solía decir que el arte de sentenciar era el arte de ignorar lo que todo el mundo sabía.

En tal sentido, existe:

1) *La notoriedad.* El juez toma en cuenta "hechos notorios", que no requieren estar probados. El juez forma parte de un grupo social y está familiarizado con aquellos conocimientos que tienen las personas que integran dicho grupo.

2) *Conocimiento oficial.* El juez puede aplicar cualquier conocimiento

o información derivada de un reglamento, acuerdo, decreto, ordenanzas o resolución de carácter general que aparezca en una publicación de la *Gaceta Oficial*, Registro Judicial, Registro de la Propiedad Industrial, Anales de la Asamblea Legislativa, o en cualquier recopilación de carácter oficial, aunque no conste en el expediente, y el juez puede hacer las averiguaciones que estime necesarias para verificar la existencia o contenido de tales actos.

3) *Notoriedad judicial.* El juez no puede ignorar lo que ha ocurrido en su despacho, v.gr.: haber decretado un embargo preventivo; haber decretado una interdicción o haber adjudicado determinados bienes a un heredero, etcétera. Se conoce como "notoriedad judicial" (*Judicial notice*).

4) *Máximas de la experiencia.* El juez puede aplicar, en su verificación de las afirmaciones de las partes, las máximas de la experiencia. Esta aplicación se hace en virtud de la apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica.

En el derecho sajón y angloamericano se excluye de necesidad de prueba una categoría de hechos, cuyo conocimiento tiene el juez por razón de su cargo, que consiste en su propia actuación o lo que ha sido objeto de su percepción oficial. Algunos autores denominan fenómeno, quizás impropiamente, "notoriedad judicial", que en realidad "no constituyen sub-tipos de los hechos de dominio público" (Stein). En derecho anglosajón se le conoce como *judicial notice* ("conocimiento judicial"). (Véase, Cross, *On Evidence*, p. 141.)

5) *Conocimiento de normas jurídicas de ámbito limitado.* Por ejemplo, ordenanzas municipales, reglamentos, estatutos de entidades públicas, facultad para investigar el derecho extranjero en caso de dudas.

6) *Sana crítica.* Al utilizar el juez el método de la sana crítica se apoya en reglas conocidas por él fuera del proceso, la experiencia adquirida en el curso de sus actividades diarias.

La adopción de la regla de la sana crítica en el Código "ha desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdad". (Stein).

XXII. Medidas para evitar o reprimir el fraude procesal

a) Facultad al juez para hacer uso de sus facultades para rechazar "cualquier solicitud o acto... cuando se convenza de que cualquiera

de las partes o ambas se sirven del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley";

b) El tribunal debe darle a la demanda, petición o recurso el trámite que legalmente corresponde, cuando el señalado por la parte esté equivocado.

c) Cuando el juez advierta que la comparecencia personal de todas o cualquiera de las partes y sus apoderados podrían ser beneficiosa para la concentración, validez o simplificación de los actos procesales o para aclarar cuestiones controvertidas, de oficio o a solicitud de parte señalará una audiencia, a la que deberán concurrir personalmente, bajo apercibimiento de ser sancionados por desacato en caso de renuencia injustificada. En dicha audiencia el juez procurará que las partes realicen lo necesario para los fines previstos. (Artículo 544.)

d) Ineficacia de elementos probatorios contrarios a los fines perseguidos por la ley;

e) En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que pueden resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 649.

f) Proceso de revisión.

g) En vista de que en Panamá, con cierta frecuencia, se autoinsolventa el deudor, el Código adoptó el mecanismo anglosajón de *Proceedings supplementary to execution* (similar a la manifestación de bienes sajona), de modo que cuando la obligación no fuere pagada dentro del término respectivo el ejecutante podrá interrogar al deudor, o solicitar al juez que lo haga, a fin de que, bajo la gravedad del juramento, conteste las preguntas que se le hicieren respecto a sus bienes, derechos, créditos, medios de sustento, ingresos y fuentes de los mismos, los que haya tenido desde el momento en que se constituyó la obligación reclamada e informar respecto a las enajenaciones y traspasos efectuados con posterioridad a ella y suministrar cualesquiera otros datos necesarios o conducentes para hacer efectivo el crédito perseguido. Dentro de este procedimiento, el ejecutante podrá solicitar la práctica de las diligencias y pruebas que estime conducentes a efecto de determinar los bienes y derechos que correspondan al deudor, conocer los traspasos realizados y si la insolvencia del ejecutado ha sido provocada por él mismo con el propósito de eludir la ejecución.

Dichas diligencias pueden ser suspendidas en caso de que el ejecutado constituya caución suficiente para garantizar el cumplimiento inmediato de la obligación.

Si de las pruebas practicadas se establece que el deudor tiene bienes e ingresos que puedan destinarse al pago parcial o total de la obligación, el juez le prevendrá que no puede enajenarlos hasta que se cancele la obligación; decretará de inmediato su embargo; ordenará al ejecutado que los presente al juez o los ponga a su disposición para el depósito judicial y consiguiente remate o entrega.

Si el ejecutado contraviniere alguna orden o prohibición que se le hubiere impartido, el juez librará apremio corporal por desacato.

Si el ejecutado se perjurare, el juez remitará copia de la actuación al Ministerio Público para los fines pertinentes.

Si de la actuación se deduce que el ejecutado ha traspasado el dominio de bienes de su propiedad a terceros o que ha dispuesto de ellos para quedar en estado de insolvencia, el juez ordenará poner constancia de ello en el expediente y que se remita copia de la actuación al Ministerio Público con el fin de que se investigue y persiga el delito o delitos correspondientes.

Sin perjuicio de la acción penal, el ejecutante que haya seguido este procedimiento podrá hacer valer sus derechos y hacer las impugnaciones correspondientes por la vía del proceso sumario.

XXIII. Evolución del proceso

El nuevo Código ha atenuado el "principio de la inmutabilidad del proceso" conforme al cual, en determinada etapa procesal, se fija definitivamente y consolida el cuadro subjetivo, objetivo y la vía, y que esta estructura continúa, sin variación, hasta el momento de dictar sentencia, a pesar de que hayan sobrevenido cambios y modificaciones en el ámbito extraprocesal.

El Código establece esquemas más flexibles; así:

1) *Sujetos del proceso* (Corrección del libelo introduciendo nuevos sujetos del proceso, intervención, forzada o voluntaria, de terceros, demanda de un demandado en contra de terceros, etcétera.

2) *Objeto del proceso. a)* El juez debe tomar en cuenta hechos extintivos o modificativos; *b)* Demanda de un demandado en contra de otro demandado; *c)* En segunda instancia pueden introducir nuevas pretensiones derivadas de hechos surgidos con posterioridad, daños y

perjuicios supervinentes, cánones de arrendamientos, nuevas cuotas de la obligación, prestaciones supervinentes que fueren accesorias o complementarias de las formuladas en la primera instancia; *d)* Reconocimiento de la sustracción de materia ("obsolencia procesal").

3) *Vía. a)* El proceso ejecutivo se puede transformar, en determinados supuestos, en procesos ordinarios o sumarios en la misma "pieza de autos" manteniendo las medidas cautelares; *b)* Posibilidad de escindir el proceso ordinario cuando el demandado, al contestar el libelo, reconoce algunas de las pretensiones, permitiéndose que respecto a estas pretensiones se libre mandamiento por la vía ejecutiva y se continúe la discusión, en el proceso ordinario, respecto a las pretensiones discutidas; *c)* En el caso de que en el proceso no se pueda establecer el *quantum* sistema de liquidación de daños y perjuicios que formula el demandante y se comprueban por la vía incidental.

El juicio ordinario, al ejecutoriarse la sentencia de condena, se transforma en proceso de ejecución, en la misma "pieza de autos", siguiendo tramitación y régimen propio del ejecutivo:

a) La sucesión intestada, al presentarse un testamento, se transforma en testamentaria —en que el objeto varía y varían los trámites;

b) Un interdicto de perturbación, al consumarse el despojo, es susceptible de transformarse —material y jurídicamente el proceso— en interdicto de despojo;

c) El proceso no contencioso de deslinde, al oponerse uno de los colindantes, se tranforma en la misma "pieza de autos", en un proceso ordinario, con todas las reglas que le son propias, en que el contradictor se convierte en demandante y rebasa el objeto del proceso, a efecto de incluir cuestiones de dominio, nulidades de título, etcétera. Igual ocurre con la rendición de cuentas, en el cual, si se objetan las cuestiones rendidas, y surjan cuestiones de hecho, dicho juicio, en la misma pieza de autos, se transforma en juicio ordinario. El mismo fenómeno se da en el pago por consignación. En el proceso monitorio que es el hipotecario con renuncia de trámite, si el producto del remate no cubriere la deuda y las cuentas, se puede mejorar la ejecución con otros bienes del deudor, traspasándose así el juicio ejecutivo hipotecario y llevando el embargo a bienes no hipotecados;

d) El proceso ejecutivo —que se inicia como tal, fundado en una pretensión ejecutiva— se transforma en un proceso de conocimiento al interponerse excepciones —extrínsecas al mismo título—. Sin embargo, son situaciones excepcionales en el régimen procesal civil.

En el juicio de sucesión, si después de archivarse el juicio de sucesión se advierte la existencia de bienes que no fueron inventariados, a pesar de que se encuentre archivado el juicio, el heredero puede, por la vía de incidente, designar los bienes y surtidos los trámites propios del incidente, dichos bienes son adjudicados al heredero.

PROFESSIONALITÀ E RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NELLA ESPERIENZA ITALIANA CONTEMPORANEA *

Alessandro GIULIANI - Nicola PICARDI

SOMMARIO: I. *Dall'ideologia dell'obbedienza all'ideologia della professionalità.* 1. *La problematica degli anni '80.* 2. *L'aumento dei poteri del giudice.* 3. *Responsabilità e professionalità.* II. *Analisi critica della problematica degli anni '80.* 1. *Premesse: utilizzazione dialettica del metodo comparativo.* 2. *Valutazione delle tesi della classe politica.* 3. *Valutazione delle tesi della magistratura.* III. *La vocazione del nostro tempo per la riforma dell'ordinamento giudiziario.* 1. *Alla ricerca dell'identità della magistratura italiana.* 2. *Quale processo.* 3. *Quale giudice.*

I. DALL'IDEOLOGIA DELL'OBBEDIENZA ALL'IDEOLOGIA DELLA PROFESSIONALITÀ

1. *La problematica degli anni '80*

Negli anni '80 —in un contesto caratterizzato da profondi conflitti istituzionali[1]— la responsabilità del giudice è divenuta progressivamente un tema dominante,[2] fino a sfociare in un aspro dibattito.[3] Tre ne

* Il presente saggio è destinato agli *Studi in onore del Prof. Héctor Fix-Zamudio* e fa parte di un più ampio lavoro degli stessi aa, su *La responsabilità del giudice,* in corso di stampa.

[1] Il rafforzamento del ruolo della magistratura corre parallelo ad una nuova forma di governo del Consiglio superiore della magistratura, che ha rivendicato una soggettività politica determinando conflitti istituzionali con il governo e lo stesso Presidente della Repúbblica, sfociati nei noti episodi del dicembre 1985. Per una valutazione critica del fenomeno, *cfr.* M. Bessone, *La 'forma di governo' del Consiglio superiore della magistratura,* Giurisprudenza italiana, 1985, IV, 152. Per una efficace sintesi della vicenda in esame, *cfr., "Magistratura democratica, Elezioni* CSM 1986, Cronache del C.S.M.", in *Notiziario Bimestrale di M.D.* 1986, nn. 23, 24, spec. pp. 5 ss., 40 ss. e 51 ss.

[2] A parte l'ampia pubblicistica, quanto alla letteratura giuridica, negli anni '80 senza pretese di completezza, ricordiamo: Carpi, F., "Responsabilità del giudice e pubblicità processuale", in *Riv. trim. civ.,* 1980, pp. 1464 ss., (e in *Studi resp. giudice,* Milano, 1981, pp. 70 ss.); Catelani, G., "La responsabilità de pubblico ministero", in *Giust. pen.* 1980, III, pp. 534 ss.; Fassone, E., "Il giudice tra. indipendenza e responsabilità, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1980, pp. 3 ss.; Giacobbe, G., "La

appaiono i protagonisti: la classe politica, il giudice ed il cittadino. Tentando di depurare la controversia dalle schermaglie argomentative e di mettere in luce anche le tesi latenti, potremmo sintetizzare le opposte posizioni nei seguenti termini:

responsabilità del giudice: a proposito di una recente proposta di legge", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 19 ss.; *id.*, "Responsabilità del giudice: prospettive di una riforma", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 97 ss., Glendi, C., "Presentazione di ricorsi in Centrale, sospensione feriale dei termini e responsabilità dei giudici tributari", in *Dir. prat. trib.*, 1980, II, pp. 937 ss.; Iannuzzi, A., "Responsabilità del giudice", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 13 ss.; Maccarone, V., "Responsabilità del giudice: prospettive di una riforma", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 87 ss.; Magno, G., "Responsabilità civile e disciplinare del giudice; applicabilità dell'art. 2 della legge sulle guarantigie", in *Critica giudiz.*, 1980, pp. 156 ss.; Panuccio, V., "La responsabilità del giudice", in *Jure praes.*, 1980, I, pp. 37 ss.; Ramat, M., "La responsabilità del magistrato", in *Critica giudiz.*, 1980, pp. 335 ss.; Vaccari, G., "La responsabilità del giudice", in *Parlamento*, 1980, pp. 28 ss.; Vidiri, G., "Responsabilità civile e disciplinare del giudice: applicabilità dell' art. 2 della legge sulle guarantigie", in *Critica giudiz*, 1980, pp. 143 ss.; Viviani, A., "Responsabilità del giudice e garanzie processuali", in *Dialectica*, 1980, pp. 139 ss.; Bertoni, R., "La responsabilità dei magistrati", in *Giust. costituz.*, 1981, pp. 146 ss.; Giacobbe, G., "Quale responsabilità del magistrato?", in *Dir. società*, 1981, pp. 183, ss.; Melli, G. C., "La responsabilità del magistrato nei procedimenti camerali", in *Giur. it.*, 1981. IV, 231; Mirabelli, G., G. Giacobbe, "La responsabilità del giudice, in *Giust. civ.*, 1981, II, pp. 197 ss.; Petti, G. B., "La responsabilità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1981, pp. 8 ss.; Bonzano, D., "Il primato delle garanzie", in *Studi resp. giudice, cit.*, 1981, pp. 100. ss.; Cherchi, B., "Costituzione, indipendenza e responsabilità del giudice", in *Studi resp. giudice, cit.*, pp. 132 ss.; Chirco, N., "Salvaguardia del cittadino e concretezza", *Ibid.*, pp. 154 ss.; Concas, L., "La responsabilità del magistrato per condotta omissiva", *Ibid.*, pp. 103 ss.; Ferrari, V., "Certezza del diritto e responsabilità: un paradosso", *Ibid.*, pp. 159 ss.; Gianaria, F., "Soluzioni 'forti' e 'deboli' nello spirito della Costituzione", *Ibid.*, pp. 85 ss.; Giuliani, A., "Interpretazione della legge e responsabilità del giudice", *Ibid.*, pp. 124 ss.; Insolere, G., "Descrezionalità e irresponsabilità", *Ibid.*, pp. 92 ss.; Jori, M., "Responsabilità e garanzia: un'alterantiva per discutere", *Ibid.*, pp. 17 ss.; Kercher, P., "Italia e Inghilterra: note per un confronto", *Ibid.*, pp. 118 ss.; Ramat, M., "Responsabilità come partecipazione", *Ibid.*, pp. 43 ss.; Scarpelli, U., "Responsabilità o virtù repubblicana", *Ibid.*, pp. 167 ss.; Sinatra, L., "Anche i giudici fanno parte dello Stato", *Ibid.*, pp. 45 ss.; Vaccari, G., "Una normativa incoerente rispetto alla Costituzione", *Ibid.*, pp. 149 ss.; Vanni, R., "Giustizia civile e giustizia penale: una confusione da evitare", *Ibid.*, pp. 115 ss.; Viviani, A., "La responsabilità del giudice. Le ragioni di una battaglia", *Ibid.*, pp. 25 ss.; Zagrebelsky, V., "La riforma del regime della responsabilità del giudice: problemi e perplessità", *Ibid.*, pp. 57 ss.; Izzo, G., "Responsabilità civile del magistrato", in *Quad. giustizia*, 1982, pp. 17 ss.; Lattanzi, G., "Considerazioni sulla responsabilità civile dei magistrati", in *Giust. civ.*, 1982, II, pp. 89 ss.; Nannucci, U., "Giudice e responsabilità", in *Quad. giustizia*, 1982, pp. 27 ss.; Senese, S., "La responsabilità disciplinare", *Ibid.*, 1982, pp. 3 ss.; Sisto, F. P., "Principio di indipendenza e responsabilità penale del magistrato: presupposti per un nuovo tipo di "immunità?", in *Critica pen.*, 1982, pp. 49 ss.; Trocker N., "La responsabilità del giudice", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1283 ss.; Vaccari, G., "La responsabilità civile dei magistrati", in *Parlamento*, 1982, pp. 19 ss.; Vanni, R., "Responsabi-

a) La classe politica sembra allarmata dall'espansione dell'intervento giudiziario, soprattutto nei confronti della pubblica ammnistrazione e degli enti pubblici economici. Con pressioni sul legislatore (anche attraverso il coinvolgimento dell'opinione pubblica), i politici tendono, perciò, a contrastare il mutato ruolo del giudice. In questo quadro, l'estensione della responsabilità civile nell'ipotesi di colpa grave del magis-

lità del giudice nell'ordinamento italiano", in *Quad. giustizia,* 1982, pp. 36 ss.; Zagrebelsky, G., "La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforme", in *Giur. costituz.,* 1982, I, pp. 780 ss.; Almerighi, M., "L'indipendenza e l'autonomia della Magistratura", in *Giust. pen.,* 1983, I, pp. 302 ss.; Calderone, C. R., "La responsabilità del giudice", in Quad. *giustizia,* 1983, pp. 7 ss.; Cappelletti, M., "'Who Watches the Watchmen?' A Comparative Study on Judicial Responsability" in *The American Journal of Comparative Law,* XXXI, 1983, 1, pp. 1 ss. (relazione generale all'11º Congresso internazionale sulla responsabilità del giudice, organizzato dall'Accademia internazionale di diritto comparato, Caracas, 1982; Ferrari, V., "La responsabilità del giudice. Riflessioni in margine ad un articolo di Mauro Cappelletti", in *Sociol. dir.,* 1983, pp. 113 ss.; Sesti, F., "La responsabilità del giudice 'per colpa gravissima' ", in *Quad giustizia,* 1983, pp. 9 ss.; Tamburino, G., "Brevi osservazioni sui diritti del cittadino, indipendenze del giudice e sue responsabilità", in *Legalità, giust.,* 1983, pp. 53-ss., Vigoriti, V., "La responsabilità del giudice: orientamenti e prospettive nella esperienza italiana e comparativa", in *Quad. costituz.,* 1983, pp. 49 ss.; Zagrebelsky, V,. "Osservazioni sul disegno di legge 1329/C e sulla disciplina delle responsabilità dei magistrati", in *Cass. pen.,* 1983, pp. 504 ss.; Bausi, L., "La responsabilità del giudice", in *Quad. giustizia,* 1984, pp. 1 ss.; Bessone, M., "Lo statuto costituzionale della magistratura e il principio di responsabilità del giudice", in *Giur. merito,* 1984, pp. 718 ss.; Caianello, V., "Profili costituzionali delle responsabilità dei magistrati", in *Foro it.,* 1984, V. pp. 353 ss.; Fici, G., "La tipizzazione degli illeciti disciplinari", in *Quad. giust,* 1984, pp. 18 ss.; Izzo, G., "La giurisprudenza disciplinare", in *Quad. giustizia,* 1984, pp. 24 ss.; *id,* "L'accusa e la sentenza nel procedimento disciplinare", *Ibid.,* 1984, pp. 28 ss.; Mele, V., "Crisi delle istituzioni e responsabilità del giudice", in *Legalità e giustizia,* 1984, pp. 168 ss.; Ricciotti R., (a cura di) *Deontologia giudiziaria,* Padova, 1984; Somare', C., "Osservazioni a Trib. Bergamo, 28 giugno 1983", in *Resp. civ.,* 1984, pp. 129 ss.; Vigoriti, V., *La responsabilità del giudici,* Bologna, 1984; Castelli, C., "Giudici da controllare e/o giudici contollati", in *Critica del diritto,* 1985, nn. 36-37, pp. 15 ss.; Consiglio Superiore della Magistratura, *Responsabilità disciplinare ed incompatibilità del magistrato,* Relazione al Parlamento, Roma, 1985; Corso, G., "L'illecito disciplinare del magistrato tra legge e contratto di lavoro", in *Foro it.,* 1985, I, 381; Vita, A. de, "A mali estremi prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del regime odierno", in *Quadrimestre,* 1985, pp. 394 ss.; Ferrari, G., "Il giuramento nella tematica della responsabilità dei magistrati", in *Dir. Società,* 1985, pp. 403 ss.; Ferri, G. B., "Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino", in *Quadrimestre,* 1985, pp. 355 ss.; Fici, G., "Ulteriori osservazioni sulla procedura disciplinare a carico dei magistrati: deposito degli atti e natura dei termini sollecitatori", in *Giust. civ.,* 1985, I, pp. 1159 ss.; *Idem,* "La destituzione del magistrato", in *Giust. civ.,* 1985, I, pp. 1363 ss.; *Idem,* "L'insindicabilità in sede disciplinare del contenuto dei provvedimenti del giudice", in *Giust. civ.,* 1985, I, pp. 2229 ss.; *idem,* "Sulla ricusazione dei componenti della sezione disciplinare del C.S.M.", in *Giust. civ.,* 1985, I, pp. 2783 ss.; *idem,* "La procedura disciplinare: spunti de irue condendo",

trato,[4] viene considerata un taumaturgico rimedio ai mali della giustizia ed uno strumento elettivo di compensazione tra poteri, il cui equilibrio si è venuto deteriorando.[5]

b) Secondo i giudici la responsabilità per colpa costituisce, invece, un inaccettabile condizionamento, in quanto il valore della indipendenza della magistratura è inconciliabile con quello della responsabilità. D'altra

in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 45 ss.; Isso, G., "Garanzie processuali e rigore disciplinare", in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 27 ss.; La Valle, F., "Origine e sviluppo storico della giurisdizione disciplinare sui magistrati", in *Dir. società*, 1985, pp. 425 ss.; Pizzorusso, A., "La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario", in *Quadrimestre*, 1985, pp. 385 ss.; Scarpelli, U., "Le porte della stalla, *Ibid.*, pp. 378 ss.; Walter, G., "La responsabilità del giudice nel diritto tedesco", *Ibid.*, pp. 441 ss.; Vigoriti, V., "Il problema della responsabilità del giudice fra modelli di 'common law'e modelli continentali", *Ibid.*, pp. 435 ss.; Vitale, V., "Note minime sulla responsabilitá del giudice", in *Rass. giust. milit.*, 1984, pp. 573 ss.; Caizzone, G., "La responsabilità civile del magistrato nelle prospettive di riforma", in *Giustizia e Legalità*, 1986, fasc. 4; Fici, G., "La revisione del procedimento disciplinare a carico dei magistrati", in *Giust. civ.*, 1986, I, 170 ss.; *Id.*, "Il trasferimento d'ufficio del magistrato", *Ibid.*, I, pp. 2513; *Id.*, "L'assistenza difensiva nel giudizio disciplinare a carico dei magistrati, *Ibid.*, I, pp. 2522 ss.; Izzo, G., "Responsabilità disciplinare per errata ricostruzione del fatto in provvedimenti adottati nell'esercizio dell'attività giudiziaria", in *Giustizia e Legalità*, 1986, pp. 401. ss.; Gentili, P., *Giustizia e Legalità*, 1986; Pizzorusso, A., "La pubblicità delle udienze nei giudizi disciplinari dei magistrati", in *Foro it.*, 1986, III, 44 ss.; Vigoriti, V., "Professionalità e responsabilità del magistrato-sistemi dei paesi anglosassoni e dell'-Europa continentale", in *foro it*, 1986, V, p. 451 Fici, G., "Le conseguenze disciplinari del procedimento penale a carico di un magistrato", in *Legalità e Giustizia*, 1987 (in corso di stampa) e Petti, G. B., "Nouve norme sulla responsabilità civile dei magistrati - Prime note al disegno di legge governativo", in *Giust. civ.*, 1987 (in corso di stampa).

Sui dibattiti degli anni '70 *cfr.*, la sintesi in Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", in *Atti del 2º Seminario internaz. sull'educazione giuridica* (Perugia, ottobre 1975) pubblicate, a cura degli autori del presente saggio, nel volume "La responsabilità del giudice", vol. III de *L'educazione giuridica*, III, 1978, pp. 583 ss. Il volume, che contiene numerose relazioni, in seguito, verrà citato con la denominazione *Atti Perugia*.

[3] Nel 1986, alcune forze politiche hanno proposto un *referendum* (abrogativo dell'art. 55 c.p.c.) mirante ad estendere i tradizionali casi di responsabilità civile del giudice— dolo, frode e concussione— alla colpa grave (*cfr.*, Pizzorusso, A., "Otto referendum per la primavera del 1987", in *Foro it.*, 1986, V, coll. 401-402).

Il Guardasigilli ha, da parte sua, proposto un disegno di legge sulla responsabilità civile dei magistrati che, insieme ad altre nove proposte di legge (c.d. "pacchetto giustizia"), è stato approvato dal Governo il 29 dicembre 1986 (per i testi *cfr.*, *Bollettino de La Magistratura*, 1987, 1, pp. 3 ss.). Il disegno di legge, in seguito verrà citato con la denominazione *progetto Rognoni*.

[4] *Cfr.*, da ultimo, per tutti, art. 3 del *progetto Rognoni*.

[5] Sul deterioramento dell'equilibrio fra poteri, *cfr.*, per tutti, Bessone, M., "Magistratura e sistema politico. L'inquietante scenario degli anni ottanta", in *Rass. civ.*, 1985, pp. 307 ss.

parte, l'allargamento delle ipotesi di responsabilità finirebbe per provocare, come effetto riflesso, il conformismo giurisprudenziale e la sclerotizzazione della giurisprudenza.

In questo quadro, andiamo assistendo ad una svolta nella stessa ideologia della magistratura. Abbandonata ormai la concezione del giudice come *homo burocraticus* e la filosofia dell'obbedienza che ne costituiva la matrice,[6] si va oggi prefigurando —attraverso l'intermediazione della problematica della "responsabilità politica", propria degli anni '70[7]— l'ideologia della "professionalità" del giudice.[8] Da tale angolazione il tema del controllo del magistrato sembra rinviare ad un modello di responsabilità disciplinare proprio di un ordine professionale elitario, in cui è assente l'organizzazione gerarchica del potere.

In definitiva, per i governanti il discorso sulla professionalità nasconde il disegno della magistratura di sconvolgere —con un governo di giudici— lo stesso principio della divisione dei poteri. Per la magistratura il termine stesso "responsabilità" evoca l'idea del ritorno ad un ordinamento burocratico, basato sulla subordinazione del potere giudiziario a quello legislativo ed esecutivo.[9] Responsabilità e professionalità finiscono, così, per apparire due problematiche non solo autonome, ma addirittura inconciliabili.

c) I cittadini, "inter utramque viam periclitantes", restano coinvolti: anzi, attraverso il meccanismo del *referendum*,[10] potrebbero divenire giudici di questa delicata controversia. Sorge, però, il dubbio che essi

[6] Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici", in *Atti Perugia*, pp. 13 ss., e 27 ss.

[7] Elementi di continuità tra il tema della 'responsabilità politica'del giudice e quello della 'professionalità dell'attività giudiziaria dovrebbero essere ricercati, come vedremo, nella prefigurazione di un diritto disciplinare interno. Come nota, da un punto di vista generale, U. Scarpelli ("Riflessioni sulla responsabilità politica", *Atti del XIII Congresso Nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Pavia, 1981, sui temi 'La responsabilità politica' 'Diritto e tempo', a cura di R. Orecchia, Milano, 1982, p. 94): "Fra la responsabilità privatistica e penalistica e la responsabilità politica può ancor sembrare che la differenza sia un po' troppo grossa; notiamo però che l'anello di congiunzione è fornito dalla responsabilità disciplinare. La rimozione dal posto in una amministrazione pubblica a seguito di giudizio disciplinare è per certi aspetti vicina alla rimozione dall'incarico a seguito di un giudizio di responsabilità politica".

Sulla tematica della responsabilità politica del giudice, sviluppata soprattutto negli anni '70, ampi riferimenti in Giuliani, A., e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", *op. cit.*, pp. 576 ss.;

[8] *Cfr., infra*, § 3.

[9] *Cfr.*, per tutti, Cicala, M., "Responsabilità o desiderio di... normalizzazione?" in *La Magistratura*, 1986, n. 4, p. 5.

[10] *Cfr., retro, nota* 3.

finiscano per ricavare elementi di giudizio unicamente dal loro stato d'animo nei confronti della classe politica e della magistratura.

Per uscire da una situazione argomentativa così confusa, a nostro avviso, occorre cominciare con l'evidenziare l'ambiguità della stessa terminologia impiegata che finisce per oscillare in relazione a strategie contingenti, al punto da mettere in difficoltà lo sforzo chiarificatore di un agguerito analista del linguaggio. Essa rappresenta, oggi, un precario punto di riferimento, in quanto è filiazione di modelli culturali del passato, a cui era strettamente solidale. Profondi mutamenti sono, nel frattempo, intervenuti, ad esempio, nel modo stesso di concepire il concetto chiave: la professione. Sintomatico è l'esempio del diritto americano, in cui, talora, l'espressione "professional responsability" viene utilizzata nel senso di "responsabilità disciplinare".

La responsabilità del giudice è una questione complessa; si tratta, cioè, di una tematica che presuppone una serie di opzioni di fondo e si rifrange in molteplici direzioni, come in un gioco di specchi. Alla domanda: *quale responsabilità?*, non si può, in effetti, rispondere con un "sì" o con un "no"; essa presuppone la risposta a questioni pregiudiziali, le quali, per lo più, non vengono neppure esplicitamente formulate: *quale giudice?* e *quale processo?*

Compito dell'interprete della nostra controversia appare, quindi, quello di "dividere" la questione, isolandone i problemi e mettendo in guardia contro la fallacia di trattare il tema come se fosse unitario. Il primo passo consiste nel chiarire i presupposti ed i problemi impliciti che i politici da un lato, ed i giudici dall'altro, tendono a mettere tra parentesi oppure a declassare a mera appendice. Solo così sarà, infatti, possibile cogliere il nucleo centrale della problematica, evidenziandone i margini di ambiguità.

2. *L'aumento dei poteri del giudice*

L'attuale controversia, innanzitutto, sembra affondare le proprie radici in un fenomeno più generale: l'aumento dei poteri del giudice che, nel corso del XX secolo, si è imposto nella civilità occidentale [11]

[11] Il problema è avvertito anche nell'ambito di altre esperienze, come quelle dell'area socialista, che restano legate ad una concezione statica dell'interpretazione della legge (sulla condanna del «governo dei giudici» *cfr.*, per tutti V. Toumanov, *Pensée juridique bourgeoise contemporaine*, Moscou, 1974 (p. 103: De la loi au droit du juge). Significativa sotto tal profilo è la revisione della dottrina marxista del diritto (sulla base di opere postume, e non tradotte, di G. Lukács) proposta da un filosofo del diritto ungherese: e cioè una dottrina dell'applicazione della legge, che

per la natura delle cose, prima ancora che per un deliberato disegno della magistratura.

Per la verità, già all'inizio del XIX secolo, Savigny[12] aveva chiaramente intuito che il *Code napoléon* —in assenza, un esempio, di una teoria della nullità degli atti, come quella elaborata dal diritto romano— finiva per affidare "l'intero destino di una famiglia all'arbitrio interamente cieco di un tribunale". In definitiva, l'aumento dei poteri del giudice veniva già ricondotto alla dilatazione di una legislazione basata su materiali autoritativi, senza l'ausilio della scienza giuridica.

La situazione attuale si presenta, però, più complessa di quanto avesse previsto Savigny; i termini della contrapposizione non sono più rappresentati dalla legislazione e dalla scienza giuridica, bensì dal giudice e dagli altri poteri. Vorremmo, in proposito, richiamare l'attenzione su due linee di tendenza, sulle quali sembra riscontrarsi —anche se con diverse accentuazioni— una certa convergenza tra i sistemi di "civil law" e quelli di "common law"; da un lato, il fenomeno che potremmo convenzionalmente designare come del *giudice legislatore*, dall'altro il fenomeno del *giudice amministratore*.

L'aumento dei poteri del legislatore —nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale— ha determinato, al di là e contro le sue intenzioni, un aumento dei poteri del giudice,[13] tale da provocare un mutamento del suo stesso ruolo.[14] Il fenomeno risulta accelerato dalla

non trascuri «la dinamica dello sviluppo giuridico attraverso la pratica giudiziaria e la relatività del postulato di legalità» (Cs. Varga, *Towards a Sociological Concept of Law: an Analysis of Lukács Ontology*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 1981, p. 159; *Law-Application and its Theoretical Conception*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1981, p. 462).

[12] Savigny, F. C. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 112.

[13] Nel XX secolo l'interdipendenza tra i due fenomeni è stata riscoperta in una chiave non pessimistica. Sul tema *cfr.*, M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1985. Con riferimento alla cultura tedesca si veda Orru', G., *Richterrecht*, con presentazione di L. Lombardi Vallauri, Milano, 1983, p. 26.

[14] Sul mutamento del ruolo non solo professionale, ma anche politico-costituzionale del giudice, *cfr.*, per tutti, le ricerche collettive *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et deplacements*, a cura di Ph Gerard, M. van de Kerchove e F. Ost, Bruxelles, 1983; *Etre juge demain*, a cura di J. P. Royer, Lille, 1983; nonchè, il Convegno di Gerusalemme del 16-18 marzo 1986, sul *The Role of the Judiciary in Formative and Crisis Periods*, del quale si vedano, particolarmente, le relazioni di R. Gavison (*The role of the Judge in Crisis Times*), di P. Hogg (sull'esperienza canadese), di D. F. Forsth (sull'esperienza del Sud Africa), di C. Bracha (sull'esperienza israeliana), nonchè la relazione di Mc Kay, *The U.S. Supreme Court in Crisis Periods*.

Quanto'alla dottrina italiana *cfr.*, per tutti, i seggi di V. Denti ("La cultura del

patologia di una legislazione oscillante tra l'inflazione in alcuni settori e l'inattività in altri.

La caratteristica della c. d., inflazione legislativa [15] non consiste tanto nella moltiplicazione delle leggi, quanto nella svalutazione della legge.[16] Già la stessa moltiplicazione delle norme finisce per provocarne un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate. E'stato esattamente sottolineato [17] come, essendo l'attività giuridica un'attività combinatoria, l'aumento del numero delle regole comporti uno sviluppo esponenziale delle possibilità di combinazione: più regole vi sono, più si verificano possibilità di contrasti e di lacune. Inoltre, l'accelerazione progressiva dello *ius superveniens* ha finito per trasferire alla giurisprudenza compiti che sembravano riservati alla legislazione: dalla determinazione degli effetti della legge nel tempo (abrogativi e retroattivi) alla stessa organizzazione delle fonti del diritto.[18]

Le varie forme di inattività del legislatore, d'altra parte, rappresentano una delle principali cause che sono all'origine di quello spostamento di poteri sul giudiziario, che, di solito, viene indicato come

giudice", in *Quad. costituz* 1983, p. 35 ss., e "Il ruolo del giudice nel processo civile fra vecchio e nuovo garantismo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, p. 726 ss.), e diè Ferrari, V., "Sociologia del diritto e riforma del processo" in *Società Norme e Valori, Studi in onore di R. Treves,* a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Milano, 1984, p. 314.

Il problema del mutamento del ruolo è particolarmente sentito dagli stessi magistrati; ampia è la leteratura in proposito. Per tutti *cfr.*, il VI Congresso Nazionale di "Magistratura democratica" (Sorrento, gennaio 1984) i cui atti sono stati pubblicati nel volume *Poteri e giurisdizione,* con presentazione a cura di G. Neppi Modona, Napoli, 1985. *Cfr.*, altresì il "documento di base" predisposto per l'XI Convegno di "Giustizia e costitutzione" su "Giustizia e criminalità (settembre 1984) in *Giust, e cost.*, 1985, nn. 3-4; pp. 3 ss., nel quale è contenuto un "indice ragionato" dei mutamenti intervenuti nell'ultimo decennio, sia nella giurisdizione civile che in quella penale.

[15] *Cfr.*, per tutti, Savatier, R., "L'inflation legislative et l'indigestion du corps social", in *Recueil Dalloz,* 1977 chr., pp. 43 ss., e Carbonnier, J., "L'inflation des lois", in *Essais sur les lois,* 1979, p. 272 ss.

[16] Henry, J. P., "Vers la fin de l'État de droit?", in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* 1977, p. 1215 e Rodota, S., "Attuali 'asimmetrie' del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario", in *Poteri e giurisdizione, op. cit.*, p. 183.

[17] Henry, J. P., *op. cit.*, p. 1217.

[18] In effetti, la giurisprudenza italiana risolve i problemi determinati dal disordine delle fonti del diritto con un antiformalismo occulto; *cfr.*, Giuliani, A., "Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15", in *Trattato di diritto privato,* diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, vol. I, p. 177; *id,* "Autonomia privata e diritto intertemporale", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 557.

"supplenza giudiziaria".[19] Si pensi, innanzitutto, alla tematica delle c. d. omissioni del legislatore *(Unterlassungen des Gesetzgeber)*,[20] che si traduce nel problema di lacune[21] e finisce così per favorire "l'imperialismo latente dei giudici".[22] Non meno rilevanti sono, poi, le tecniche legislative che privilegiano disposizioni elastiche, flessibili e sfumate, le quali finiscono per delegare al giudice scelte che il legislatore non può o non vuole operare. Si è parlato, in proposito, di fuga verso le clausole generali *(Flucht in die Generalklausoln)*,[23] di legislazione per principi,[24] di leggi per indirizzi, di leggi provvedimento, di leggi polivalenti, di legislazione c.d. contrattata[25] e così via. In definitiva, è spesso lo stesso legislatore che, deliberatamente o meno, lascia spazi a scelte integrative, da effettuarsi, in un secondo tempo, in sede giurisdizionale.

Quanto al fenomeno del *giudice-amministratore*, va sottolineata l'estensione delle funzioni "non adjudicatory" nel processo, che è divenuto progressivamente un luogo importante della giustizia distributiva, economica e sociale.[26] L'esperienza —sia del processo civile che del processo penale[27]— oggi mostra, infatti, un giudice che decide sempre

[19] *Cfr.*, Pulitano' D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, "Quaderni costituzionali", 1983, I, p. 93; il quale osserva: "In un'ottica che accomuna pretori d'assalto e Corte suprema, la separazione dei poteri viene invocata come principio che direttamente decide sull'estensione dei poteri del giudice, e in definitiva come criterio generale d'interpretazione' (p. 102).

[20] *Cfr.*, per tutti, Lechner, "Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers" in *Neue Juristiche Wochenschrift*, 1955, pp. 1817 ss.

[21] Picardi, N., "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale", in *Riv. dr. proc.*, 1975, p. 41 ss. (e in *Studi Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 603 ss.).

[22] Per usare l'espressione di Dupeyroux, "La jurisprudence, source abusive de droit", in *Mélanges Maury*, vol. II, Paris, 1960, p. 349 ss.

[23] Per usare la nota espressione di Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tubingen, 1933. Da ultimo, *cfr.*, Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1984.

[24] Rodota, S., "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", in *Riv. dr. comm.*, 1967, I, spec. pp. 89 e 98 nonchè, pp. 118 ss.

[25] Si pensi, ad esempio, alle leggi "negoziate" fra Governo e sindacati. In tema, da ultimo, *cfr.*, Rusconi, G. E., *Scambio, minaccia e decisione*, Bologna, 1984.

[26] Cappelletti, M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, e Denti, V., *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982.

[27] Quanto alla *giurisdizione civile*, si pensi, innanzitutto, al ruolo del giudice del lavoro di fronte all'evoluzione delle relazioni industriali (*cfr.*, per tutti, Amato, F., e Mattone, S., "Il ruolo del giudice del lavoro negli anni '80" in *Giur. it.*, 1983, IV, 224, e Foglia, R., "Il giudice, la legge e le relazioni industriali" in *Quad Giustizia*, 1983, pp. 36 ss.). Ma la conflittualità —in assenza di interventi sul piano amministrativo— si scarica a livello giudiziario in diversi settori (in tema *cfr.* Galasso, A., "Trasformazioni del diritto privato e funzione del giudice", in *Riv. crit. dr. priv.*, 1983, pp. 21 ss.). Ad esempio, in materia di locazioni immobiliari, si ricordi

meno, media e contratta sempre più, assume su di sè un "ruolo promozionale" e giunge a svolgere una funzione di indirizzo politico.[28]

Il processo —in particolare quello penale —ha rappresentato lo strumento elettivo per esercitare forme di c.d. supplenza politica. La risposta ai fenomeni del terrorismo e della criminalità organizzata è stata, in effetti, "delegata" dalla classe politica alla magistratura attraverso la c.d., legislazione dell'emergenza [29] che ha avuto l'effetto di aumentare enormemente i poteri processuali dei giudici,[30] di spostare il centro del processo dal dibattimento all'istruttoria (c.d., suplenza dell'istruttoria,[31] di concepire la carcerazione preventiva come tecnica inquisitoria-premiale,[32] di stravolgere, in sostanza, "alcune delle regole del contraddittorio e del gioco delle parti su cui si regge la dialettica di un processo" con inevitabile "sacrificio degli stessi diritti del difensore".[33] Sono

la problematica sollevata dalla rarefazione delle abitazioni e dagli sfratti a catena. Un altro importante settore in cui il ruolo del giudice è profondamente mutato è, poi, quello delle procedure concorsuali costruite per risolvere i conflitti tra interessi dei creditori e del debitore, ma oggi utilizzate per dirimère anche i conflitti fra creditori e dipendenti dei lavoratori, tra proprietà e manegement delle imprese in crisi. (G. Caliendo e altri, Relazione introduttiva al XVIII Congresso Naz. Magistrati Italiani, Viareggio giugno 1985, sul tema "Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini", in *Legalità e Giustizia*, 1986, p. 82). Gli esempi, poi, si moltiplicano quando si passa al settore della *giurisdizione volontaria* (si pensi, ad esempio, ai problemi dell'aborto delle minorenni, dell'affidamento dei figli e dell'adozione) o a quello della *giustizia penale. Cfr., infra,* nel testo.

[28] *Cfr.*, per tutti, Capurso, M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, 1977, pp. 81 ss.

[29] *Cfr.*, per tutti, Resta, E., *L'ambiguo diritto*, Milano, 1984 (spec. gei ultimi due capitoli); Marrone, F., *Il decennio della fermezza dello Stato contro lo Stato*, nei volumi collettanei *Dieci anni di piombo del processo penale*, Bari, 1984, I vol., pp. 10 ss.; Calogero, P., "Ruolo del giudice penale oggi. Proposte di strategie di riforma", in *Legalità e Giustizia*, 1986, pp. 323 ss.

[30] Ferrajoli, L., "Il caso '7 aprile'. Lineamenti di un processo inquisitorio", in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n. 1, p. ..., Baratta, A., M. Silbernagl, "La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale", *Ibid.*, 1983, n. 3, p. 543 ss.

[31] Zagrebelski, V., "Giudici e sistema politico", in *Giustizia e costituzione*, 1978, n. 1-2, p. 6.

[32] Chiavario, M., "Patteggiamento e potere discrezionale del giudice", in *Quad. questione giustizia*, 1982, p. 141 ss.

[33] Neppi Modona, G., "Presentazione", al citato volume *Poteri e giurisdizione*, spec. p. XII, nonchè, per i necessari approfondimenti; Dalia, A. A., "La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti 'modifiche al sistema penale' ", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 475 ss.; Amodio, E., "Il processo penale nella parabola dell'emergenza", in *Cass. pen. Mass.*, 1983, pp. 2114 ss.; Sulla conflittualità tra giudici ed avvocati, *cfr.*; Atti del XII Convegno di "Giustizia e costituzione", su "Società attuale e giustizia (conflittualità tra avvocati e magistrati, prospettive di superamento)", in *Giust. cost.*, 1986, nn. 3-4, pp. 3 ss.

entrate così, anche fra le nozioni correnti, l'idea dell'imputato come nemico,[34] quella del giudice che lotta contro qualcuno o contro qualcosa.[35] In definitiva, il processo ha finito per acquisire la connotazione di "processo politico".[36]

Se tali funzioni sono state esercitate per delega dei politici, la magistratura, ha anche rivendicato —questa volta contro i politici— il controllo rispetto ai pubblici poteri. Una serie di cause,[37] che vanno dalla "politicizzazione-socializzazione" della pubblica amministrazione[38] all'affievolirsi dei meccanismi di controllo amministrativo,[39] hanno finito per provocare una imponente crescita di incisivi interventi della giursdizione penale, soprattutto in materia di illeciti dei pubblici amministratori, ponendo, così, il delicato problema dei confini tra giurisdizione e discrezionalità politica ed amministrativa.[40] In questo contesto, abbiamo assistito, in particolare, alla progressiva degenerazione degli instituti processuali in autonomi strumenti sanzionatori e si è finito col parlare di un nuovo procedimento "privilegiato".[41]

3. *Responsabilità e professionalità*

L'ipertrofia dei poteri del giudice, e in particolare la c.d., supplenza

[34] Ferrajoli, L., "L'imputato come nemico: un topos della giustizia dell'emergenza", in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n. 3, pp. 581 ss.

[35] Bevere, A., "Processo penale, garantismo, difesa sociale", in *Poteri e Giurisdizione*, *op. cit.*, p. 85.

[36] *Cfr.*, Dominioni, O., "Spunti per una fenomenologia del processo politico", nel volume collettaneo *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, pp. 119 ss.; Sesta, M., *Il processo politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, Perugia, 1982, pp. 10-11.

[37] *Cfr.*, per tutti, Vassalli, G., *Relazione di sintesi* al convegno del Centro studi giuridici e politici della Regione Umbra (Foligno-Spello febbraio 1984) sul tema *Per un nuovo rapporto tra giudice penale e pubblica amministrazione*, Selci Umbro, 1985, pp. 277 ss.

[38] Baldassarre, A., "Ragioni di una crisi e prospettive negli anni '80 nei rapporti fra magistratura e pubblica amministrazione", in *Per un nuovo rapporto ecc.*, *op. cit.*, pp. 43 ss.

[39] Petrone, M., *Carenze ed eccessi nell'esercizio dell'azione penale nei confronti della pubblica amministrazione e degli enti pubblici economici*, pp. 67 ss.

[40] Sui rapporti tra giustizia ordinaria e pubblica amministrazione, *cfr.*, Paladin, "Problemi, esperienze e prospettive dei rapporti tra giudici ordinari e pubbliche amministrazioni", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 437.

[41] Ferrua, P., "L'esercizio dell'azione penale contro i pubblici amministratori: verso un nuovo procedimento 'privilegiato'?" in *Per un nuovo rapporto*, *op. cit.*, pp. 89 ss., il quale, fra l'altro, ricorda la comunicazione giudiziaria che, nei confronti del pubblico amministratore, ha assunto una particolare carica di simbolicità, nonchè la metamorfosi dello strumento del carcere in pena anticipata.

giudiziaria, appaiono fenomeni suscettibili di valutazioni opposte, alla luce delle acquisizioni della sociologia giuridica contemporanea.

Un primo orientamento sembra trovare il suo punto di partenza nell'impostazione luhmanniana secondo cui "i problemi decisionali possono essere politicizzati o depoliticizzati, possono essere fatti scivolare dall'ambito politico dei partiti al legislativo all'esecutivo, fino al giudiziario e viceversa, a seconda di dove si trovino le migliori possibilità di soluzione. L'apparato amministrativo, e persino quello giudiziario, possono così compensare parzialmente il cattivo funzionamento del sistema politico".[42] In altri termini, la magistratura e le istituzioni politiche operano, anche se in maniera articolata, nell'ambito del medesimo schema di riferimento. Si tratta, pertanto, di problemi sostanzialmente omogenei che, come tali, possono essere affrontati e risolti a diversi livelli; a seconda del piano prescelto si finisce, poi, per attribuire ad essi un diverso grado di politicizzazione. Secondo Luhmann, persino il giudice, nell'ambito del sistema complessivo, svolge una funzione sostanzialmente politica,[43] anche se la posizione del potere giudiziario si caratterizza —ed è qui il paradosso— proprio per la sua "neutralizzazione politica".[44]

In quest'ottica, si finisce per legittimare la c. d., supplenza, riconoscendo al giudiziario la possibilità di fungere anche da meccanismo compensativo rispetto al cattivo funzionamento degli altri poteri. Il sistema, in altri termini, sarebbe dotato di endogene capacità autoequilibratrici, cioè di automatismi per cui, fisiologicamente, si opererebbero travasi di potere da una sede istituzionale all'altra, per garantire comunque il suo funzionamento complessivo.

Muovendo dalla teoria del c.d., potere "a somma zero" [45] è dato invece, pervenire ad una valutazione negativa del fenomeno della supplenza. Il potere, come la moneta, costituirebbe un bene esauribile: se alcuni ne acquistano una quantità, altri ne perdono una quantità corrispondente.[46] La c.d. supplenza si risolverebbe, quindi, in una forma di

[42] Luhmann, N., *Stato di diritto e sistema sociale,* Napoli, 1978, p. 59.

[43] Sulla dipendenza del diritto dalla politica, *cfr.*, Luhmann, N., *Sociologia del diritto,* Bari, 1977, p. 237.

[44] Luhmann, N., *Stato di diritto e sistema sociale, op. cit.*, pp. 58 ss.

[45] Per la sua analisi critica *cfr.*, Parsons, T., *Sistema politico e struttura sociale,* Milano, 1975, pp. 495 ss.

[46] Ferrarese, M. R. *(L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico,* Napoli, 1984, pp. 40-41), evidenzia il collegamento fra supplenza giudiziaria e la concezione del potere "a somma zero", osservarelo che esso lascia, peraltro, in ombra un altro aspetto significativo del fenomeno e cioè che, attraverso

travaso di poteri —più o meno indebito— da una istituzione ad un'altra. La magistratura finirebbe per attribuirsi competenze spettanti ad altri organi dello Stato, provocando, così, una sua "sovraesposizione politica". In definitiva, attraverso la c.d., suplenza il giudiziario tenderebbe ad alterare gli equilibri tradizionali ed a correggere, a proprio vantaggio, la ripartizione dei poteri, determinando una situazione endemica di conflittualità.[47]

A parte, per il momento, la valutazione, positiva o negativa, del fenomeno, pare indubbio che la stessa ipertrofia dei poteri della magistratura solleva il problema della loro tollerabilità e della tutela della parte nei confronti degli abusi de giudice.[48] Per altro verso, tale fenomeno è destinato ad incidere sull'aumento, quanto meno qualitativo, della litigiosità, il che finisce per imporre il rafforzamento delle strutture organizzative e, correlativamente, per riproporre il problema del controllo della amministrazione della giustizia.

Di fronte a tali complesse tematiche sono state proposte, come si è visto, due differenti risposte. La classe politica tenta oggi di recuperare un assetto dei poteri a vantaggio del legislativo e dell'esecutivo attraverso una utilizzazione alternativa del classico strumento della *responsabilità civile*. La magistratura mira, invece, a trovare una soluzione dei problemi posti dal nuovo ruolo del giudice in termini di *professionalità*[49] che sembra tollerare soltanto una forma di *responsabilità disciplinare interna*.

la supplenza, si finisce comunque per attivare nuovi canali fra Stato e società, arricchendo, nel complesso, il sistema.

[47] Rodotà, S., "Attuali 'asimmetrie' del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario", in *Poteri e giurisdizione, op. cit.*, 183, osserva che, di fronte alla progressiva emarginazione del Parlamento, esecutivo e magistratura sono sempre più portati a collocarsi, l'uno nei confronti dell'altro, in posizione di antagonismo.

[48] L'esperienza della magistratura italiana rivela —nel passaggio dagli anni '70 agli anni '80— una caduta nel consenso da parte dei consociati (*cfr.*, documento di base per l'XI Convegno di Senigallia, *cit.*, p. 9), che, in un certo senso, aveva legittimato la supplenza nella prima fase, ed uno stato d'animo favorevole a più incisive forme di controllo (Racheli, S., "Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini", in *Legalità e giustizia*, 1986, p. 225). Il fenomeno coincide —forse non casualmente— con quello della crisi dello Stato sociale; sui mutamenti intervenuti da un punto di vista generale, *cfr.*, i volumi coll.; *Critica dello Stato sociale*, a cura di A. Baldassarre e A. Cervati, Bari, 1985. Sui rapporti tra lo sviluppo del c.d. *Welfare State* e le istituzioni giudiziarie *cfr.*, Federico, G. Di, *Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle, op. cit.*

[49] Il carattere professionale della magistratura estato già posto in evidenza nelle ricerche sociologiche di A. Pagani (*La professione del giudice*, Varese, 1969, e *Gli atteggiamenti sociali dei giudici*, Milano, 1968, pp. 80 ss.), il quale già sottolineava come il magistrato italiano fosse immune da condizionamenti burocratici. Nella let-

Il concetto di professione apre, in effetti, una problematica che —latente nelle correnti antiformalistiche[50] —ha trovato, solo di recente, i suoi risvolti più maturi, anche se non univoci. La professione appare un meccanismo di controllo sociale e finisce per rinviare alla teoria dei "ruoli occupazionali".[51] Tra i tipi di ruoli occupazionali, quello profes-

teratura più recente *cfr.*, Ferrarese, M. R., "L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico", *op. cit.*, pp. 129 ss.

Nell'ambito della stessa magistratura si è, nel frattempo, fatta strada la tendenza ad attribuire al giudice uno *status* distinto da quello del pubblico impiegato; *cfr.*, per tutti: E. Ondei, *Magistrati e funzionari*, "La Magistratura", 1967, nn. 6-9, giugno-settembre 1967, p. 8; A. Cremonini, *Magistrato e pubblico impiegato: tratti differenziali*, "Giustizia e Costituzione", 1972, II, pp. 9 ss.; A. Beria-D'Argentine, *Professionalità del giudice e ordinamento giudiziario*, "Giustizia e Costituzione", 1976, 4-5-6, p. 19. La posizione del giudice è stata quindi, avvicinata a quella del libero professionista. Le stesse Sezioni Unite della Cassazione, con la ordinanza 6 novembre 1975, in *Foro it.*, 1976, I, c. 608, hanno chiarito che la magistratura: "nonostante le ovvie differenze, presenta aspetti che ricordano quelli degli ordini delle libere professioni, perchè la appartenenza dei singoli ad esso è determinata non solo dalla investitura di uffici giudiziari, ma anche dall'esercizio professionale di una data attività (non importa se in regime di pubblico impiego anzichè in regime di lavoro autonomo) perchè suo fine... è la gestione di un patrimonio di valori di deontologia professionale".

Di recente, *cfr.*, Viridi, G., "Ruolo e professionalità del giudice", in *Quad. giustizia*, 1985, pp. 23 ss., e gli interventi sul tema: *Le trasformazioni del ruolo e le conseguenze sulla professionalità*, walta nell'ambito del XII Convegno di Senigallia su "Società attuale e giustizia, conflittualità fra avvocati e magistrati, prospettive di superamento", in *Giustizia e Costituzione*, 1986, nn. 3-4, pp. 99 ss. Per ulteriori riferimenti, *cfr.*, *infra*, note 54, 56.

Insistono, inoltre, sul carattere professionale del giudice; Denti, V., "Il ruolo del giudice nel processo civil fra nuovo e vecchio garantismo", *op. cit.*, p. 729; Rebuffa, G, "La magistratura fra professione e sistema politico, A proposito di un recente libro", in *Sociologia dir.*, 1985, pp. 115 ss.

Sull'idea di "professionalità", collegata al tradizionale reclutamento burocratico della magistratura *cfr.*: Picardi, N., *La formazione del giudice in Italia*, "L'educazione, giuridica", vol. I (1975); Federico, G. Di, "La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 2; Freddi, G., *Tensioni e conflitti nella Magistratura*, Bari, 1978; Pizzorusso, A., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1982; Federico, G. Di, "Le qualificazioni professionali del corpo giudiziario: carenze attuali, possibili riforme e difficoltà di attuarle", *Riv. trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1985, p. 21.

[50] Ai nostri fini, merita una particolare attenzione la riforma dell'educazione giuridica proposta dalle correnti antiformalistiche —dalla *Interessenjurisprudenz* alla *nouvelle rhétorique*— per la sua latente vocazione ad una nuova professionalità. Non a caso a queste correnti hanno partecipato anche giudici ed operatori del diritto. *Cfr.*, Giuliani, A., "Legal Education in Antiformalistic Trends", *L'educazione giuridica*, vol. I (1975), p. 79 ss. Per un panorama della cultura tedesca contemporanea si rinvia, anche per la bibliografia a: Orru', G., "Richterrecht", *op. cit.*; Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza saggio sulla metodologia di J. Esser*, Milano 1984.

[51] Per "ruoli occupazionali" si intendono quei ruoli "nei quali i titolari adempiono a certe funzioni socialmente riconosciute e, attraverso queste attività, si guadagnano

sionale viene, appunto, distinto "per l'indipendenza esercitata dai titolari di tali ruoli che costituiscono una parte importante della tradizione culturale della società".[52] La istituzionalizzazione di tali ruoli —perseguita mediante associazioni professionali— esercita una triplice funcione: *a)* la definizione della preparazione ed educazione finalizzata all'esercizio delle professioni; *b)* la determinazione delle norme di condotta professionale; *c)* la funzione protettiva rivolta a mantenere il prestigio della professione.

Senza voler ipotizzare un preciso nesso di derivazione,[53] dobbiamo riconoscere che le suggestioni sociologiche —seppure ad un livello ancora confuso— hanno probabilmente contribuito a determinare uno stato d'animo che è andato diffondendo nella magistratura italiana. In questo quadro, si è parlato di "nuova professionalità" o di "professionalità forte": "la garanzia di una piena autonomia e indipendenza del magistrato, non solo nei rapporti con gli altri poteri ma anche all'interno del suo status, richiede una professionalità forte." [54] Tale profes-

da vivere con un lavoro a tempo pieno". *Cfr.*, Parsons, T., "La prospettiva sociologica della professione legale", nel vol. coll. *La teoria funzionale del diritto*, a cura di A. Giasanti e V. Pocar, Milano, 1981, p. 105.

Nella nostra letteratura sociologica recente il tema della professione dell'avvocato riceve particolare attenzione. Si rinvia, anche per la bibl., agli articoli di *A. Febbrajo* ("L'etica dell'avvocato come progetto profesionale"), V. Olgiati ("L'etica dell'avvocato come ordinamento"), G. Cosi ("Professionalità e personalità, Riflessioni sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea") pubbl. in *Sociologia del diritto*, 1985, n. 3. *Cfr.*, altresi il capitolo introduttivo di Pérez Perdomo, R., *Los abogados en Venezuela*, Caracas, 1981.

[52] Parsons, T., "La prospettiva sociologica della professione legale", *op. cit.*, p. 105.

[53] In effetti, i taciti postulanti dello strutturalismo del Parsons vanno ricercati nel peculiare *milieu* culturale della *common law* ed al relativo livello di razionalità. Basti pensare alle finalità professionali delle "Law Schools" americane, ed alla formazione professionale unitaria, che determina un persistente fenomeno osmotico tra magistratura e professione legale.

Al di fuori del contesto originario, l'innesto del modelo puro di professionalità potrebbe determinare effetti diversi e, al limite, opposti. Sintomatico appare, in proposito, il pensiero di N. Luhmann (in tema *cfr.*, Febbrajo, A., *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975), il quale —pur prendendo le mosse dalla sociologia di Parsons— resta condizionato dal modello di razionalità tradizionale negli ordinamenti giudiziari continentali e perviene a conclusioni opposte a quelle del sociologo americano. Si pensi al tema della formazione del giudice: "La mia impressione è che il diritto sia divenuto troppo complesso e che l'organizzazione delle professioni sia divenuta troppo differenziata perchè all'unità della formazione e dell'orientamento professionale possa essere ancora conferita una sostanziale importanza pratica" (Luhmann, N., "Stato di diritto e sistema sociale", *cit.*, p. 63).

[54] Come riconosce la stessa *Relazione di base* predisposta per la Conferenza na-

sionalità viene intesa sostanzialmente come autonomia di giudizio, fondato su regole e tecniche che costituiscono un patrimonio comune degli operatori giudiziari e, quindi, sono controllabili da parte di altri soggetti.[55] Viene così prefigurato un giudice che, attraverso una educazione e preparazione finalizzata all'esercizio della sua professione, sia in grado di assolvere ai compiti affidatigli, in piena autonomia e indipendenza.[56]

In definitiva, l'ideologia della professionalità del giudice finisce per rappresentare non solo la risposta al mutamento del ruolo del giudice, ma anche una nuova linea di indipendenza del potere giudiziario rispetto al potere politico.

II. Analisi critica della problematica degli anni '80

1. *Premesse: utilizzazione dialettica del metodo comparativo*

Per un approfondimento critico appare utile, a questo punto, attrarre la problematica emersa in questi ultimi anni in un più ampio contesto di verifica. A questi fini presentano particolare interesse quelle esperienze —come la francese e la statunitense [57]— in cui l'ascesa inarrestabile del fenomeno della professionalità della nostra era ha interessato, non solo il sociologo, ma anche il giurista.[58]

zionale della giustizia (Bologna, novembre 1986), in *Quad. Giustizia*, 1986, n. 63, p. 11. In tema, *cfr.*, altresì, Apice, U., "Indipendenza e responsabilità del giudici", in *Quad. Giustizia*, 1982, p. 16; Delfini, G., "Le nuove professioni giuridiche. Introduzione: nuovi aspetti della professione e del diritto", in *Iustitia*, 1984, pp. 172 e Hinna Danesi, F., "La professionalità del giudice e le opinioni sul garantismo", in *Quad. Giustizia*, 1984, pp. 29 ss.

[55] "Relazione preliminare", *cit.*, p. 11.

[56] *Ibidem*. Sintomatica è anche la mozione approvata all'unanimità dal XVIII Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati già, *cit.*, pp. 478-480, su cui, *cfr.*, Sohesina, G., *Magistratura: alla ricerca di dati attendibili per un autogoverno effettivo*, 'Questione giustizia', 1985, p. 625: 'Così sembra diffusa l'opinione che dequalificazione e deresponsabilizzazione indeboliscono l'*immagine* (c.n.) e la sostanza della complessiva azione del giudiziario, offrendo anche il protesto per rafforzare, attraverso la denuncia dei casi di irresponsabile e professionalmente insufficiente esercizio della funzione giudiziaria, la richiesta di limitazione dei relativi poteri, da realizzarsi, nelle intenzioni di talune forze politiche, mediante modifiche ordinamentali...". L'*immagine* è una metafora base dell'etica professionale; *cfr.*, nota (52).

[57] Sulle quali ha, di recente, richiamato l'attenzione, Vigoriti, V., "Le responsabilità del giudice", *cit.*, pp. 18 ss., 23 ss., 55 ss., 61 ss., 86 ss., 91 ss.

[58] La cultura giuridica francese è stata particolormente attenta ai profili sociologici della professionalità e del diritto professionale; *cfr.*, per una prima informazione: il numero degli "Archives de philosophie du droit" (1953-54) dedicato a *Déontologie et discipline professionelle*, nonchè Andrini, S., "Amministrazione e sindacato in E.

L'evoluzione del diritto francese e di quello statunitense, è avvenuta senza rotture nel quadro di due tradizioni così diverse sul punto della fedeltà —oppure del rifiuto— del giudice di carriera. Le scelte legislative risentono della varietà delle soluzioni, impostesi all'interno delle rispettive culture, in relazione al rapporto di *connessione/distinzione* non solo tra la attività del giudice e quella delle altre professioni legali, ma anche tra la prima e quella dei titolari dei vari ruoli occupazionali (ivi comprese le attività tecniche ed economiche):

a) Il legislatore francese ha privilegiato il momento della *connessione*, che permetteva di omogeneizzare la posizione del magistrato a quella del pubblico funzionario: tale pare il significato della riforma del 1933[59] che ha introdotto la responsabilità per colpa grave del giudice;

b) Il legislatore americano del 1980 —regolamentando la responsabilità disciplinare del giudice— ha optato per la *distinzione* tra la professione giudiziale e le altre attività connesse ai *business*.

Risulterebbe, però, fallace il ragionamento politico di un legislatore, il quale pretendesse di ricavare *sic et simpliciter* argomenti e giustificazioni, per le sue scelte, dalla comparazione giuridica. Le due tesi oggi avanzate —l'una dalla classe politica (responsabilità per colpa), l'altra dalla magistratura (responsabilità disciplinare interna)— al di fuori di un clima culturale di riferimento, possono presentare soltanto fuorvianti analogie con le soluzioni del diritto francese e di quello statunitense. Una utilizzazione dialettica del metodo comparativo —capace di interpretare i dati normativinella ottica dei suoi presupposti culturali— ci rivelerebbe invece, la fragilità del dibattito che si viene svolgendo nel nostro paese e potrebbe costituire uno stimolo per riacquistare la consapevolezza che "responsabilità" e "professionalità del giudice sono due aspetti dello stesso problema.

Durkeim", in *il pubblico funzionario*, t. III, in Educaz. giurid., IV, 3, 1981, pp. 489 ss.

In altro contesto politico-costituzionale, U. Zvekic ("Professionalism Scole: en Empirical Assessment of Juge's professional Idelogy in Iugoslavia", *Sociologia del diritto*, 1985, n. 2, pp. 55 ss., ed ivi riferimenti bibliografici) constata un alto grado di compatibilità tra l'ideologia professionale dei giudici ed il loro assetto organizzativo-burocratico.

Sulla pubblica amministrazione "as a profession", *cfr.*, anche per la bibl., Mahmoud, M.A., *Justice and Administrative Deviance*. The Haque, 1972, p. 239.

[59] *Cfr.*, Terre, F., *La responsabilité des juges en droit français*, "*Atti Perugia*", p. 446, e Vita, A. de, "La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese", *op. cit.*, p. 39 ss.

2. *Valutazione delle tesi della classe politica*

Non va trascurato che il tema di una riforma legislativa —tendente ad estendere i tradizionali casi di responsabilità del giudice (dolo, frode, concussione)— ha visto come protagonisti, nel breve giro degli anni '70 ed '80, prima i giudici[60] e, successivamente, le forze politiche. Da ultimo, il progetto Rognoni ha affermato, infatti, il principio della responsabilità per dolo e colpa grave del giudice. L' azione di risarcimento potrebbe, peraltro, essere proposta —sempre secondo tale progetto— soltanto nei confronti dello Stato. Una volta effettuato il risarcimento e valutato l'esito del conseguente procedimento disciplinare, il Ministro competente avrebbe, infine, facoltà di esercitare la rivalsa nei confronti del magistrato, nei limiti di un terzo del suo stipendio.[61]

In prima approssimazione, non può sfuggire una certa consonanza fra tali indirizzi e le soluzioni già sperimentate in Francia. Accostandoci, però, criticamente al l'esperienza francese, noteremo che i due ordinamenti si muovono su piani diversi.

a) Con riferimento ai rapporti fra giudici e forze politiche l'attuale situazione italiana, nelle grandi linee, richiama alla mente piuttosto quanto si verificò nella Francia di Luigi XIV: la magistratura, che aveva per prima introdotto in via giurisprudenziale la *prise à partie*, si oppose, poi, ad una sua regolamentazione legislativa e, in particolare, all'estensione della responsabilità del giudice all'ipotesi della

[60] Negli anni '70 alcune correnti all'interno della magistratura —non senza aspri contrasti— considerarono la responsabilità per colpa come un possibile sostituto di quella disciplinare, i cui condizionamenti apparivano inaccettabili anche nel caso della alternativa di una responsabilità politica del giudice. (Sul tema, *cfr.*, Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato Repubblicano, *op. cit.*, p. 587 ss. (Potrebbe qui ritrovarsi la genesi del succesivo discorso sulla professionalità dell'attività giudiziaria. Il punto di riferimento più o meno implicito poteva essere trovato nell'art. 2236 cod. civ., che prevede la responsabilità soltanto nel caso di dolo o colpa grave, in relazione alla prestazione d'opera nelle professioni intellettuali. Certo è che questo clima non è rimasto un incidente senza conseguenze, in quanto ha favorito l'aspirazione dei giudici a rivendicare uno *status* differente rispetto a quello dei pubblici funzionari. *Cfr.*, *retro*, nota 49.)

[61] *Cfr.*, artt. 3, 4 e 10 del *Progetto Rognoni*. Da parte sua, la giurisprudenza era già pervenuta, non senza contrasti, ad affermare una responsabilità diretta dello Stato ex art. 28 Cost., anche per colpa grave del giudice, ribadendo, però, le tradizionali limitazioni di cui all'art. 55 cod. proc. civ., per quanto riguarda la responsabilità personale del singolo giudice. Mutando il precedente orientamento, la Cassazione aveva, in effetti, ritenuto che "non vi è coincidenza, riguardo ai limiti, fra le responsabilità del funzionario e quella dello Stato per il quale egli agisce. Per quanto concerne il magistrato la limitazione di responsabilità è infatti giustificata dalla natura discrezio-

colpa.[62] E' seriamente da dubitare che, per questa via, possono essere conseguiti oggi successi, che non arrisero al sovrano francese. Da quella esperienza dovrebbe ricavarsi un insegnamento: e cioè che la responsabilità per colpa non costituisce un mezzo idoneo per fare rispettare i doveri del giudice, al punto da essere utilizzata come uno strumento disciplinare o paradisciplinare.[63]

b) Nel 1933, in Francia, è stata, comunque, introdotta la responsabilità del giudice anche per "faute lourde professionelle".[64] La filosofia che ha inspirato il legislatore francese ad estendere la responsabilità del giudice all'ipotesi della colpa è, però, opposta a quella cui risulta oggi informato il nostro ordinamento giudiziario.

Innanzitutto, la Francia è restata fedele ad un modello che —con tutti i temperamenti a livello culturale— è essenzialmente impostato sul giudice di carriera, inquadrato in uno schema gerarchico e burocratico:[65] la magistratura francese è, ancor oggi, composta da "funzionari nominati dal governo, che detiene le chiavi delle loro promozioni ed è arbitro dell'azione disciplinare".[66]

nale della posizione, dal tecnicismo processuale, dalla possibilità dell'errore inerente alle attività conoscitive e deduttive, dalla possibile interferenza di influenze decettive delle parti o di deficienze strutturali e organizzative..., ma nessuna di tali ragioni giustificherebbe una limitazione di responsabilità dello Stato quando l'attività del magistrato sia ad esso riferibile. Al contrario, un principio almeno deontologicamente sottinteso nella attività dello Stato, esige che il pregiudizio patrimonale subito da un singolo per esigenze e utilità di carattere generale ricada sull'intera collettività e non sul solo danneggiato" (Cass. 14 marzo 1982, n. 1879, in "Giust. civ.", 1982, I, 3105 e in "Rass. Avv. Stato", 1982, con nota contraria di Caramazza, I.F., *In tema di responsabilità civile dello Stato per fatto illecito del giudice*. La sentenza è anche criticata da Vigoriti, "Le responsabilità del giudice", *op. cit.*, p. 46).

[62] Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici", *Atti Perugia*, p. 34.

[63] Nelle *Riflessioni riassuntive e finali* al seminario perugino sulla responsabilità del giudice, Pugliese, G., osservava: "alla responsabilità civile verso la parte danneggiata non bisogna attribuire la funzione di indurre o ricondurre il giudice all'osservanza dei suoi doveri d'ufficio; molto più adatta a questo fine la responsabilità disciplinare, purchè non vi interferiscano in modo decisivo organi governativi, parlamentari o di partito" (in *Atti Perugia*, p. 629). *Cfr.*, altresì Cappelletti, M., " 'Whe Watches the Watchmen?'. A comparative Study on Judicial Responsability", *op. cit.*, p. 47.

[64] *Cfr.*, art. 505 Code proc. civ. franc., modificato dalla loi 7 février 1933. *Cfr.*, Henry, A., "La responsabilité des magistrats en matière civile et penale, in *Dalloz*, 1933, Chron., p. 97.

[65] *Cfr.*, per tutti, Perrot, R., *Institutions judiciaires*, Paris, 1983, (2ª ed., 1986), spec. nn. 47 e 71, pp. 58 e 87 ss. (quando non altrimenti detto, le citazioni si riferiscono alla 2ª edizione), e Vincent, J., G. Montagnier e A. Varinard, *La justice et ses institutions*, Paris, 1982, spec. n. 477, pp. 497 ss. Quanto alla letteratura italiana, *cfr.*, in proposito; Ferrarese, M.R., "Potere politico e Magistratura: il caso francese, in *Queste Istituzioni*, 1978, n. 24, pp. 1 ss.

[66] Roland, H., e L. Boyer, *Institutions judiciaires*, Lyon, 1980, p. 27. In partico-

In secondo luogo, la riscoperta, nel XX secolo, della responsabilità per colpa —dormiente fin dalle *Ordonnances* del XVI secolo— è avvenuta "sous le signe de la profession".[67] Ma il concetto di professione non è univoco. In Francia l'ideologia della professionalità —compressa dall'individualismo del secolo precedente— ha travalicato i confini delle tradizionali professioni liberali per ricomprendere non solo le attività economiche e tecniche, ma anche i pubblici funzionari. E' risultato determinante l'influsso del pensiero sociologico,[68] secondo cui tutti sono "funzionari della società", ed ogni funzione è una funzione sociale. Determinando rapporti di interferenza reciproca, la diffusione dei modelli deontologici, da un lato, ha bloccato le tentazioni di un ritorno ai privilegi delle antiche corporazioni, e, dall'altro, ha permesso l'intervento dello Stato, organizzatore di servizi. In tale contesto, l'introduzione del concetto di "professionalità" del giudice non poteva avere lo scopo di avvincinare la posizione del magistrato a quella del libero professionista, ma, al contrario, quella di legarla, sempre più, alla posizione del pubblico funzionario.

L'estensione della responsabilità del giudice al caso della colpa grave si ispira, quindi, ad un ideale di uguaglianza fra funzionari, che non tollera una situazione di privilegio del giudice. D'altra parte, i criteri —stabiliti casuisticamente dalla giurisprudenza— hanno mirato ad alleviare, e non ad aggravare, i più rigidi standards della responsabilità comune: la "faute lourde" è relativa a casi di colpa ingiustificabile, in quanto debordano dal *cadre professionel*, e pertanto sono imputabili unicamente all'agente.[69]

Nel contesto italiano, la proposta di introdurre la responsabilità del giudice per colpa, ventilata dalle forze politiche, è unicamente il sintomo della loro impotenza di controllare i giudici. Tale idea —anche se non è priva di risvolti suggestivi— sembra ricollegarsi, oggi, ad un disegno politico viziato da una grande illusione: e cioè che il nostro

lare si veda, in proposito, Lagneaudeville, A., "Influence du pouvoir executif sur les prérogatives du juge en France, sous la V^e^ Republique", in *Fonction de juger, et pouvoir judiciare*, *op. cit.*, pp. 469 ss.

[67] Josserand, L., "La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession", *Chr. Dalloz*, 1939, VIII, p. 28.

[68] Appare determinante, sotto tale profilo, il pensiero di E. Durkheim; *cfr.*, Andrini S., "Amministrazione e sindacato in E. Durkheim", *op. cit.*, pp. 498 ss.

[69] Su questo aspetto insiste Josserand *(op. cit.*, p. 31): '..c'est à l'occasion et en vue d'une atténnuation pure et simple de la responsabilité de l'agent, par rapport au droit commun ou au gabarit spécial adopté pour la profession, que le législateur ou surtout la jurisprudence ont recours à la *culpa lata* qui, seule et à l'exclusion de la faute simple, engagera alors la responsabilité de son auteur'.

istituto sia uno strumento neutrale, manipolabile per un fine rispetto al quale è strutturalmente inidoneo.

c) Negli anni '70, in Francia, è stata, infine, introdotta la regola, apparentemente rivoluzionaria, della responsabilità dello Stato-giudice,[70] Si è affermato, in via di principio, che "lo Stato è tenuto a risarcire i danni derivati dal funzionamento difettoso del servizio della giustizia",[71] ma, poi, si è finito con il limitarne l'applicazione ai soli casi di "faute lourde" e "déni de justice" del giudice. In concreto, dichiarazioni di principio a parte, il meccanismo della *prise à partie* è stato sostituito[72] da un'azione diretta contro lo Stato per il risarcimento dei danni: "lo Stato garantisce le vittime dei danni derivanti da *fautes personnelles* dei giudici e degli altri magistrati, salvo rivalersi contro questi ultimi".[73]

Il principio della responsabilità diretta dello Stato-giudice e della rivalsa (*c.d. action récursoire*) nei confronti del giudice si pone in una linea di continuità con il modello francese[74] e nella logica, quindi, del passaggio dal "pouvoir judiciaire" al "service public de la justice".[75] La responsabilità civile ha un valore meramente ausiliario rispetto ad una responsabilità disciplinare del giudice di impronta tradizionale, che offre ancora all'esecutivo la possibilità di esercitare pregnanti condizionamenti.[76] E' ragionevole, pertanto, attendersi che —come già avviene per gli altri pubblici funzionari— il potere esecutivo privilegerà la via disciplinare ed eserciterà il diritto di rivalsa nei confronti del giudice solo in casi particolari, quale ulteriore rafforzamento della sanzione dis-

[70] Ci si riferisce all'art. 11 della *loi 5 juillet 1972 n. 72-626*, divenuto articolo L. 781-1 del *Code de l'organisation iudiciaire* l'art. 11-1 dello *Statut de la Magistrature*, aggiunto con le *loi org. 18 janvier 1979 n. 79-43*. Per tutti, *cfr.*, R. Perrot, *Institutions judiciaire, op. cit.*, n. 79, p. 95 e, nella letteratura italiana, Vita, A. de, "La responsabilità civile", *op. cit.*, pp. 60 ss. e 81 ss.

[71] Art. 11, comma 1, *loi n. 72-626, cit.*, e Perrot, *Institutions judiciaires, op. cit.*, n. 80, p. 96.

[72] L'art. 16 della citata *loi n. 72-626* dispone, peraltro, che la disciplina sulla *prise à partie* si continui ad applicare in via temporanea.

[73] Art. 11, comma 3, *loi n. 72-626, cit.* Si veda anche l'art. 11-1 dello *Statut de la Magistrature* che prevede, in proposito, la competenza di una delle sezioni civili della Corte di Cassazione. *Cfr.*, Perrot, *op. cit.*, n. 79, p. 95. Tuttavia, la responsabilità dello Stato sussiste solo nei casi di "faute lourde" o di "déni de justice" (art. 11, comma 1, *loi 72-626, cit.)*.

[74] "Mais, si cette évolution est techniquement heureuse, elle tend à atténuer tout distinction entre la fonction judiciaire et la fonction administrative. Le magistrat est placé dans la même situation qu'un fonctionaire ordinaire de l'administration", Vincent, J., G. Montagnier e A. Varinard, "La justice et ses institutions", *op. cit.*, n. 496, p. 528.

[75] *Cfr., infra*, n. 103.

[76] Perrot, R., "Institutions judiciaires", *op. cit.*, nn. 359, pp. 374 ss.

ciplinare. In definitiva, la legislazione francese degli anni '70 mira a conciliare due opposte esigenze: da un lato, continuare e completare l'opera di assimilazione del giudice al pubblico funzionario; dall'altro, offrire al cittadino una tutela nei confronti degli abusi del giudice.[77] La copertura dei rischi è il prezzo che lo Stato paga per continuare a mantenere sotto controllo la magistratura.[78]

L'innesto nella realtà italiana del principio della responsabilità diretta dello Stato e conseguente rivalsa nei confronti del giudice, nella versione francese, costituirebbe il segnale di un ritorno alla concezione gerarchico-burocratica della magistratura, anche perchè la non obbligatorietà della rivalsa finirebbe per costituire un terreno di ingerenze da parte dell'esecutivo, e quindi, una minaccia per l'indipendenza della magistratura.[79] Il che non esclude che la responsabilità diretta dello Stato si possa diversamente configurare; e, a questo proposito, rilevante appare l'impostazione seguita, di recente, del legislatore spagnolo. Il problema della responsabilità dello Stato —attratto nella più ampia prospettiva dell'errore giudiziario— finisce per garantire una tutela effettiva anche nel caso di danni provocati dal "funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia": indipendentemente, cioè, dal dolo o dalla colpa del magistrato.[80]

[77] Cappelletti, M., "Who Watches the Watchmen?", *op. cit.*, p. 45.

[78] Vigoriti, V., *op. cit.*, p. 58. Non a caso soluzioni sostanzialmente analoghe, a quelle adottate dal legislatore francese, si riscontrano in altri ordinamenti nei quali il giudice è un funzionario integrato nello Stato-apparato.

Cfr., ad esempio, Broniewicz, W., "La responsabilità du juge dans le droit polonais", in *Atti Perugia* spec., pp. 116, ss., che chiarisce come, nel diritto polacco, lo Stato sia responsabile nei confronti del danneggiato e, dopo la riparazione del danno da parte dello Stato, questo abbia diritto di rivalersi sul giudice colpevole. Nel caso di colpa, la rivalsa non può eccedere lo stipendio del giudice di un trimestre; nel caso di dolo, il giudice risponde, invece, dell'intero danno, nei confronti dello Stato.

[79] In tal senso è stato, infatti, interpretato l'art. 10 del già citato *progetto Rognoni*. *Cfr.*, per tutti, il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura* del 3 febbraio 1987, § 10.

[80] L'art. 121 della Costituzione spagnola pone a carico dello Stato i danni provocati sia dall'"error judicial" che dal "functionamento anormal de la Administración de la Justicia". In applicazione di tale precetto, la *ley organica de 1 de julio 1985/6* sul *Poder judicial*, *agli* artt. 292 e ss., prevede tre titoli di responsabilità dello Stato e precisamente: 1) l'errore giudiziale; 2) il funzionamento anormale dell'Amministrazione della giustizia, salvo il caso di forza maggiore (art. 292); 3) la carcerazione preventiva seguita da assoluzione perchè il fatto non sussiste (art. 294) indipendentemente dal funzionamento anormale della giustizia. In questo quadro, lo Stato risponde anche dei danni provocati dal giudice con dolo e colpa grave, salvo il diritto di rivalsa ("sin perjuicio del derecho que el asiste de repetir contra los mismos", art. 296). La responsabilità dello Stato, comunque, non esclude, ma concorre con la res-

3. *Valutazione delle tesi della magistratura*

Il discorso dei giudici sulla "nuova professionalità" o sulla "professionalità forte", è fluido al punto de impedire la ricostruzione di un corpo coerente di principi, anche se traspare la tentazione del modello di un ordine professionale elitario, basato sulla responsabilità disciplinare interna. Il topos della professionalità risulta compatibile con i temi più disparati: non solo culturali ('standars di professionalità', 'valorizzazione della professionalità') ma anche etici ('deontologia professionale', 'onestà professionale'). L'osservatore esterno potrebbe ricavare l'impressione di un loro prevalente legame con problemi organizzativi: come la valutazione della carriera, le qualificazioni professionali, l'assegnazione delle funzioni. Risulta, comunque, privilegiata la tesi secondo cui la professionalità è considerata di per sè portatrice di valori garantistici: viene postulata la coincidenza tra l'interesse dell'ordine giudiziario (legato ai privilegi del giudice) e l'interesse generale. Il codice deontologico troverebbe il suo momento sanzionatorio unicamente nella disciplina interna, come in un ordine professionale in cui è assente l'organizzazione gerarchica del potere.

Tale impostazione sembra richiamare recenti esperienze straniere. Sarà utile, perciò, tener presente, quanto meno ai fini di un controllo critico, soprattutto l'evoluzione del diritto statunitense, il quale offre un esempio importante di responsabilità disciplinare interna della magistratura. La fedeltà al principio tradizionale del *common law*, secondo cui i giudici sono irresponsabili civilmente di fronte alle parti *(immunity from civil liability)* [81] ha, di recente, ricevuto una incisiva compensazione sul piano disciplinare. Al fine dichiarato di assicurace efficienza all'amministrazione della giustizia, il *Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980* [82] ha introdotto, in-

ponsabilità civile del giudice, che, secondo un principio risalente al diritto comune, in Spagna è tradizionalmente estesa alla colpa *(cfr.*, per tutti, Andrés Ibáñez P., e C. Movilla Alvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 141 ss. e 333 ss.; Ramos Méndez, F., *Derecho procesal civil*, 3ª ed. vol. I, Barcellona, 1986 pp. 151 ss., nonchè, prima della legge del 1985, Goded Miranda, M., "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia", in *El Poder Judicial*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, vol. I, pp. 318 ss.).

[81] *Cfr.*, per tutti, Merryman, J.H., "Judicial Responsability in the United States", in *Atti Perugia, op. cit.*, pp. 274 ss.

[82] Che ha modificato i §§ 331, 332, 333 e 372 del titolo 28 dell'*United States Code*. *Cfr.*, il § 331 in appendice a Vigoriti, V., *op. cit.*,. pp. 183 ss. Si vedano anche, pp. 91 ss., per una efficace sintesi della normativa.

Per i lavori preparatori, *cfr.*, per tutti, Re, E.D., "Judicial independance and Ac-

fatti, un controllo disciplinare interno dei giudici, ad eccezione di quelli della Corte Suprema.

Il principio secondo cui la responsabilità disciplinare è un problema interno della magistratura è apparso conciliabile con un sistema giudiziario fondato sul modello di un giudice professionale, che proviene dall'ordine degli avvocati. La deontologia della professione legale negli Stati Uniti ha un aspetto pubblico e sociale.[83] Il controllo dell'immagine della corporazione è stato sempre rivendicato, con rigore, dall'ordine degli avvocati, che nel tempo ha offerto progetti di codici professionali anche per i guidici.[84]

Il legislatore americano è stato restìo ad intervenire in un settore in cui le regole della deontologia professionale rinviano ad "high standars of conduct", ed offrono, quindi, sufficienti margini di affidabilità. Quando è intervenuto,[85] il Congresso lo ha fatto con estrema cautela, afildandolo ad un organo di cui fanno parte solo magistrati, il *Judicial Council*, che è l'organo di autogoverno di ciascun "circuito".

Non è, però, senza rischi il trapianto di una tale forma di disciplina interna su una magistratura, come la nostra, che non affonda le sue radici nella libera professione.[86] Del resto, gli studi più recenti di sociologia hanno chiarito che l'ideologia della professionalità tende a proie-

countability: The Judicial Council Reform and Judicial Conduct and Disability Act of 1980, in *Northern Kentucky Law Rev.*, vol. 8, 1981, pp. 23 ss.

[83] L'avvocato "è un uomo che esercita un'arte appresa, in uno spirito di pubblico servizio; nondimeno un servizio pubblico può essere un mezzo per vivere", ha scritto R. Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, St. Paul (Minnesota), 1953, p. 5.

[84] *Cfr.*, ad es., il *Code of Judicial Ethics* (1973) proposto dagli ordini legali ('American Bar Association' ed 'American Bar Foundation') in app.a Merryman, *op. cit.*, p. 284.

[85] Le genesi del movimento che ha portato il legislatore degli Stati Uniti nel 1980 ad una così incisiva riforma va ricercata nei prototipi rappresentati dalla 'New York Court in the Judiciary' (1948) e dalla 'California Judicial Commission' (1960). Sui quali, *cfr.* Merryman, *op. cit.*, p. 260 e Cappelletti, "Who Watches the Watchmen?", *op. cit.*, pp. 49 ss.

[86] Nel quadro di revisione del reclutamento burocratico della magistratura, in Italia si viene, però, ponendo il problema di una formazione unitaria delle professioni legali in varie esperienze. Sul tema, *cfr.*, la ricerra coll. *L'ordinamento giudiziario* a cura di Giuliani, A., e N. Picardi (in particolare il tomo III: 'Materiali per una riforma' *[cfr.*, in appendice, lo *Schema di progetto di legge sull'ordinamento giudiziario* che prevede la scuola di formazione per le professioni forensi, artt. 7 ss.]). Il principio della formazione unitaria delle professioni legali —già radicato nella tradizione tedesca— ispira, inoltre, anche l'esperienza francese; *cfr.*, il recente rapporto preliminare di una ricerca del'Centro Studi e Ricerche Ordinamento giudiziario dell'Università di Bologna' *La preparazione delle professioni legali in Francia e nella Repubblica Federale Tedesca*, a cura di G. di Federico, lit.).

ttarsi all'esterno, come *immagine* [87] della corporazione, ed a risolversi in uno strumento di potere. Il diritto disciplinare interno rischia, pertanto, di limitarsi a considerare soltanto quelle condotte che, esulando dal quadro proffesionale, danneggiano l'"immagine" dell'ordine e non quelle che incidono sui diritti dell'utente della giustizia.

Non vi è nessuna garantizia che l'area delle condotte contrarie al "quadro proffesionale" coincida *tout court* con quella del "quadro costituzionale". Qualora si affermasse la concezione dell'indipendenza del giudice, collegata a quella di una professione organizzata in corpo, sorgerebbe il pericolo che la corporazione dei giudici assuma un primato che finirebbe per rasentare la sovranità[88] I princípi della legislazione finirebbero per dipendere da quelli del codice professionale della magistratura, data la connessione tra regole deontologiche e regole tecniche nell'attività giudiziaria. Si giungerebbe, così, ad una cultura giuridica chiusa, senza dialogo con il legislatore e la dottrina, e ne deriverebbe il rischio di interrompere ogni forma di comunicazione fra diritto e società.

Scendendo ai dettagli, la recente normativa americana presenta, inol-

[87] Febbrajo, A., "L'etica dell'avvocato come progetto professionale, *op. cit.*, p. 13 parla di un "generale processo di costruzione di una *immagine* più o meno corrispondente alla realtà mediante il quale ogni professione tenta di rendere socialmente accettabile il godimento di certi privilegi autoobbligandosi all'espletamento di certi doveri sociali e al superamento degli egoismi dei singoli professionisti". Sulla problematica delle professioni legate allo Stato, con particolare riferimento alla pubblica amministrazione, *cfr.*, Mahmoud, "Justice and Administrative Deviance", *cit.*, (Chapt. V: 'The Profession Without Professionals: Normlessness in the Civil Service').

[88] Anche la classica analogia (Giuliani - Picardi, "La responsabilità del giudice, problemi storici e metodologici", *op. cit.*, p. 24), fra la professione del giudice e quella del medico assumerebbe oggi un significato nuovo: la ideologia della professionalitá del medico appare collegata a quella di una potente corporazione, attentamente studiata dalla sociologia contemporanea Savatier, R., *L'origine et le developpement du droit des professions libérales,* 'Archives de philosophie du droit', 1953-54, p. 41, con riferimenti al problema della responsabilità del medico). La latente vocazione per la extrastatualità del diritto professionale pone il difficile problema di trovare un raccordo con il diritto positivo e l'interesse generale. Infatti, i controlli del diritto disciplinare interno non sono in funzione della tutela dei diritti del cittadino, bensì della immagine della corporazione. E'stato osservato come "l'impérialisme de la profession médicale" si risolve in uno strumento di potere che fa dell'utente del servizio un "citoyen diminué" (Savatier, *op. cit.*, p. 67. *Cfr., altresì* Husson, L., "Les activités professionnelles et le droit", *Archives de philosophie du droit,* 1953-54, p. 1 ss.). Il progressivo interesse per la tutela dei diritti del malato ha messo in crisi la tradizionale concezione 'paternalistica' del rapporto medico-malato, *cfr.*, Principalli, A., *La responsabilità del medico,* Napoli, 1983. Per l'interesse alla salute come parametro di valutazione dell'esatto adempimento da parte del medico, *cfr.*, Fortino, M., *La responsabilità civile del professionista, aspetti problematici,* Milano, 1984, pp. 61 ss.

tre, aspetti che il giurista continentale difficilmente riesce a condividere. Si pensi alla genericità degli illeciti disciplinari,[89] alla indeterminatezza delle sanzioni[90] e ai peculiari profili processuali.[91]

In definitiva, occorre non sottovalutare il diverso quadro culturale ed istituzionale nel quale si colloca la nostra magistratura rispetto a quella statunitense. Assimilazioni affrettate potrebbero incorrere nel pericolo di passare da un uso politico (o parapolitico) a quello *tout-court* corporativo del diritto disciplinare. Il che, non solo è certamente estraneo alle aspettative degli utenti della giustizia, ma pone anche seri problemi in ordine allo stesso assetto dei poteri.

III. La vocazione del nostro tempo per la riforma dell'ordinamento giudiziario

1. *Alla ricerca dell'identità della magistratura italiana*

Il dilemma *responsabilità-professionalità*, così come viene posto, è artificioso e strumentale in quanto mette tra parentesi l'interdipendenza tra il momento istituzionale (legato alla responsabilità e quello culturale (connesso alla professionalità).[92] Come abbiamo osservato,[93] il discorso sulla responsabilità viene utilizzato dalla classe politica per recuperare quella posizione di preminenza nell'assetto istituzionale, che appare oggi minacciata; la magistratura, invece, contrappone la problematica della nuova professionalità per legitimare gli spazi di potere conquistati. In definitiva, l'alternativa responsabilità-professionalità,

[89] Sono, infatti, previste due ipotesi:

a) Quando il giudice ha tenuto una condotta pregiudizievole all'efficiente e rapida amministrazione della giustizia;

b) Quando il giudice è incapace di assolvere ai doveri del suo ufficio per incapacità fisica o mentale.

[90] Possono essere applicate anche sanzioni diverse da quelle previste dall'*Act* del 1980; *cfr.*, Vigoriti, "Le responsabilità del giudice", *op. cit.*, pp. 97-98.

[91] Innanzitutto, ogni *Judicial Council* ha il potere di stabilire le proprie norme processuali, nel quadro dei principi fissati dall'*Act del 1980*. Fra questi ultimi, giova ricordare l'iniziativa attribuita a chiunque (§ 372), il carattere inquisitorio del processo, la mancanza di pubblicità del processo, la non impugnabilità della decisione. Per tutti, *cfr.*, V. Vigoriti, *op. cit.*, pp. 95 ss., ed. ivi i relativi riferimenti.

[92] Su tale connessione insiste S. Shetreet ("Judicial Responsability", *Israeli Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1982, p. 90), secondo cui tra i vari significati 'Judicial responsibility also includes the functions for which judges are responsible'. Pertanto "a properly balanced and well foundedx analysis of judicial responsibility and accountability cannot be undertaken except against the background of judicial independence".

[93] *Cfr.*, *retro*, 1, 3 e 5.

spogliata dei reciproci rapporti di connessione, viene utilizzata dalle parti in conflitto per mascherare una lotta fra poteri.

Il conflitto attuale, una volta sfrondato degli aspetti caduchi, ci appare, però, una spia rilevante per cogliere la propensione del nostro tempo per la riforma dell'ordinamento giudiziario.[94] Al di là delle frammentarie innovazioni legislative o, addirittura, delle "omissioni" del legislatore, oggi l'assetto fondamentale dell'ordinamento giudiziario, in Italia, ha subito un profondo mutamento.[95] La nostra cultura è divenuta più attenta al momento giurisprudenziale e all'opera della magistratura.[96] In questo contesto la radicalizzazione del discorso sulla responsabilità del giudice rischia, però, di rappresentare, se non un falso scopo, quanto meno un obiettivo secondario; la ricerca di nuove forme di responsabilità del giudice costituisce soltanto una tessera di un mosaico più complesso. I veri problemi soltari in questa tematica sembrano diversi: dai poteri del giudice nel processo al ruolo politico-costituzionale della magistratura.

Le scelte di una strategia della riforma non dipendono, tuttavia, dalla mera indagine giuridica: la scienza può soltanto limitarsi ad indicare alcune alternative fattibili ed i costi collegati a tali opzioni; la decisione spetta al politico.

Così circoscritti gli scopi della presente ricerca, va osservato che la riforma dell'ordinamento giudiziario dovrebbe, a nostro avviso, muovere dalla constatazione che il concetto di responsabilità del giudice, come quello di indipendenza, è relativo; esso è condizionato dalla configurazione del rapporto tra il *potere giudiziario* e il *potere politico*, quanto meno nelle sue articolazioni istituzionali: governo e parlamento.

L'indagine storica ci rivela, sotto tale profilo, una contrapposizione tra la concezione classica e quella moderna.[97] Nella prima è stata privilegiata l'indipendenza *interna* del giudice, cioè nei confronti dei tito-

[94] *Cfr., Etre juge demaine*, a cura di J. P. Royer, Lille 1983; *L'ordinamento giudiziario* 3 voll., a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Rimini 1984-85, ed il progetto di Ordinamento giudiziario predisposto dalla Commissione ministeriale presieduta da G. Mirabelli, testo in *Legalità e giustizia*, 1986, n. 4 e relazione, ivi, 1987, n. 1.

[95] Pizzorusso, A., "La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario, *op. cit.*, p. 385, il quale ha evidenziato che le innovazioni vengano introdotte, non tanto attraverso parziali riforme legislative, quando mediante decisioni giurisdizionali e prassi del C.S.M.

[96] *Cfr.*, per tutti, Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, e Orru, G., "Richterrecht", già *cit.*

[97] Sui vari modi con cui storicamente si è venuta configurando la responsabilità del giudice *cfr.*, A. Giuliani - N. Picardi, "La responsabilità del giudice: modelli storici e comparativi", in *Atti Perugia*, *op. cit.*, pp. 3 ss.

lari del potere politico: tale indipendenza veniva però bilanciata da un controllo esterno, rappresentato dalla sua responsabilità profesionale del magistrato nei confronti delle parti (si pensi all'istituto del sindacato). Nelle concezione moderna è, invece, posto l'accento sull'indipendenza *esterna* nei confronti dei cittadini, cui corrisponde un controllo interno, costituito da pesanti condizionamenti disciplinari e paradisciplinari: il giudice funzionario ha però goduto, come contropartita, del privilegio dell'immunità da ogni responsabilità (eccettuato il caso limite del 'dolo') nei confronti della parte *(Richterprivileg)*.

Si comincia oggi a parlare di un modello italiano di ordinamento giudiziario con caratteri originali sia rispetto al modello francese che a quelli anglosassoni.[98] Ma non è facile riconstruire l'identità della magistratura italiana, indecisa fra le sue due anime: il modello professionale proprio della tradizione di diritto comune, ed il modello burocratico desunto da legislazioni straniere. Il trapianto —nel corso del XIX secolo— di uno schema di organizzazione giudiziaria di tipo francese[99] ha rappresentato per la nostra cultura giuridica un evento traumatico: in assenza dei valori e dei temperamenti, pur presenti nella legislazione napoleonica, ne é risultata una versione forte, ma precaria. La memoria storica ci indica che il modo di pensare dei nostri giudici, ancora alla fine del secolo, era quello del diritto comune europeo, prima dell'età della codificazione. Solo all'alba di questo secolo, l'anima del diritto comune è sembrata soffocata da due fenomeni convergenti: da un lato, la cultura giuridica, attraverso la strategia dell'"alleanza fra la scienza giuridica e la legislazione"; dall'altro lato, la riforma dell'ordinamento giudiziario con la legge Orlando del 1908: essa prometteva garanzie, ma in cambio pretendeva "disciplina di ferro".

In effetti, il controllo del giudice attraverso la via disciplinare e paradisciplinare costituisce lo strumento elettivo per ridurre ad impersonale e burocratico il suo modo di operare, per rendere "nullo" il suo potere;[100] il corpo dei magistrati viene ridotto ad apparato "servente" del "potere", identificato —a seconda dei diversi momenti storici— nel legislativo o nell'amministrativo.

[98] Così Pizzorusso, "La responsabilità del giudice", *op. cit.*, p. 386; Vigoriti, "Il problema della responsabilità del giudice tra modelli di common law e modelli continentali", *op. cit.*, p. 435) parla di una fase di transizione caratterizzata da una fase di "totale confusione".

[99] Giuliani-Picardi, "La responsabilità del giudice: dallo Stato liberale allo Stato fascista", in *Atti Perugia, op. cit.*, pp. 505 ss.

[100] Sul potere "nullo" dei giudici, *cfr.*, di recente, il dibattito svolto su "Mondoperario", in particolare fra Bessone, M., "Magistratura e politica", in *Mondoperaio*,

Durante il XIX ed il XX secolo si è continuato, per la verità, a definire il giudiziario come un potere autonomo, il "terzo potere"; ma ormai era solo suggestione di una terminologia risalente. Nella tradizione giuridica continentale la magistratura non constituiva più [101] una di quelle sedi che detengono ed esercitano il "potere", nel senso weberiano di dominio *(Herrschaft)*.[102] Non si trattava tanto di una "sterilizzazione politica" del giudice,[103] quanto di un'operazione diretta ad inglobarlo fra i "governanti", in contrapposizione ai "governati". Utilizzando la terminologia della più recente pubblicistica,[104] potremmo parlare, con riferimento alla prima metà del XX secolo, di una magistratura inquadrata nello *Stato-apparato* [105] e ricompresa, pertanto, nell'organizzazione

1984, n. 1; Tarello, G., "Chi ci salverà dal governo dei giudici?", *ibid*, n. 3, p. 28, e Senese, S., "Crisi della giustizia e crisi della democrazia", *ibid*, n. 6-7, p. 22.

[101] Con riferimento ad epoche precedenti si riscontrano, invece, posizioni di potere "effettivo" dei giudici. *Cfr.*, Gorla, G., e F. Roselli, "Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI ed i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto albertino, in *Foro it.*, 1986, V, coll. 93 ss., ed ivi, alla col. 95, la distinzione fra "potere dei giudici" e "potere giudiziario". Un'ampia sintesi di questo studio è inserita fra le comunicazioni al Convegno Nazionale (Roma, Accademia dei Lincei, 20-22, marzo 1985), su *Potere, poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana*, a cura di G. Piva, Padova, 1986, pp. 93 ss.

[102] Weber, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922 (trad. it. G. Giordano), Milano, 1980, vol. III, spec. pp. 10 ss e 130 ss.

[103] Per usare l'espressione di Tarello, G., "Orientamenti della Magistratura, del giurista interprete e del la dottrina sulla funzione politica", in *Politica del diritto*, 1972, p. 461. Tale studio è stato successivalente riprodotto nel capitolo finale del volume del Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1984.

[104] Crisafulli, V., "La sovranità popolare nella constituzione italiana", in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, vol. I, Padova, 1957, p. 420, osserva che la distinzione di cui alla nota seguente si è affermata nel clima culturale del secondo dopoguerra, anche se le sue origini risalgono alla dottrina tedesca dell'inizio del secolo. Per un'ampia bibliografia, *cfr.*, da ultimo, Grossi P. F., *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Roma (in corso di stampa), cap. IV.

[105] In effetti, si è progressivamente affermata la convinzione che la parola Stato copre due distinti contenuti concettuali (*cfr.*, per tutti, Crisafulli, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 2 ed., I, Padova, 1970, pp. 80 ss., anche per una prospettiva storica; Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, pp. 46 ss., e Sandulli, A., *Manuale di diritto amministrativo*, 14 ed., Napoli, 1984, p. 5).

Al di là delle differenze terminologiche, sarà quindi sufficiente ricordare che, innanzitutto, lo Stato, assunto in senso stretto, viene riferito al complesso degli organi "governanti" e, quindi, alle attività che fanno capo all'organizzazione dominante. Si parla, in questa prima accezione, di *Stato-apparato* ovvero di *Stato-governo* (oppure di *Stato-persona*, limitatamente a quei sistemi che, come il nostro, conferiscono al complesso medesimo la personalità giuridica).

Lo Stato in senso lato ricomprende, invece, non solo i "governanti" ma anche i "governati", cioè non si risolve in una sola unitaria organizzazione, ma comprende più organizzazioni spesso distinte fra loro: lo Stato è l'intera collettività organizzata,

dominante.[106] Nella misura in cui il "potere giudiziario" risultò una mera articolazione del potere legislativo o di quello esecutivo si innescò quel processo di declarassamento[107] che ha trovato, nel tempo, la sua logica conclusione nel passaggio dal *pouvoir judiciaire* al *service judiciaire*.[108]

Lo specifico del caso italiano, in questo secondo dopoguerra, sembra, invece, reppresentato dal recupero di un effettivo "potere giudiziario" da parte della magistratura,[109] accompagnato da un'operazione di "sgan-

Questo secondo concetto viene di solito indicato con le espressioni *Stato-comunità*, se si intende porre l'accento piuttosto sul' elemento personale e *Stato-ordinamento*, se si vuole, invece, insistere sul sistema di norme espresse dall'intera collettività organizzata. Si tratta, però, soltanto di due aspetti di una medesima realtà: lo *Stato-istituzione* in senso amplio. (*Cfr.*, per tutti, Grossi, *I diritti di libertà* ,*cit.*, e, in genere, coloro che si ispirano ad un istituzionalismo, quanto meno implicito. La dottrina che muove da rigorose premesse normativistiche sarà, invece, portata a risolvere l'intero fenomeno tout court nello *Stato-ordinamento*).

[106] In effetti, la funzione giudiziaria —al pari della funzione legislativa e di quella amministrativa— sono state considerate attribuzioni diverse di un unico apparato di governo (*cfr.*, per tutti, Crisafull, "La sovranità popolare", *op. cit.*, p. 417).

[107] In effetti, tale linea di tendenza, sostanzialmente centrata sullo Stato burocratico *(Beamtenstaat)* e sul primato dell'esecutivo, si coglie sorprattutto nella dottrina tedesca. Già con Haenel *(Studien zum deutschen Staatsrechte*, II, *Die organisatorische Ent wicklung der deutschen Reichsverfassung. Das Gesetz in formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888, pp. 275 ss), la tradizionale tripartizione dei poteri finisce per risolversi nella bipartizione legislazione-amministrazione, mentre la giurisdizione viene declassata ad un "compito" *(Aufgabe)* particolare dello Stato, al quale è preposto uno specifico apparato, l'amministrazione della giustizia. Successivamente, con A. Merkl *(Allgemeines Werwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927, pp. 213 ss.), e H. Kelsen *(Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, p. 201), viene operata la identificazione fra processo e procedimento amministrativo, svalutando il carattere dialettico e contraddittorio del primo (*cfr.*, Picardi, N., *La dichiarazione di fallimento, dal procedimento al processo*, Milano, 1974, pp. 158-159), e giungendo così alla conclusione che i due tipi di attività designati: potere giurisdizionale e potere esecutivo "non sono funzioni essenzialmente distinte" (Kelsen, *op. cit.*, p. 278). Di recente, sostanzialmente nella stessa linea, si ricordi, per tutti, nella dottrina tedesca, Luhmann, *cfr.*, retro, § 3 e, nella dottrina italiana, A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, 2 ed., *Torino*, 1985, p. 7.

[108] Nella dottrina francese, la tesi del terzo potere —ancora sostenuta da Carre' de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, Paris, 1920, pp. 769 ss.—, venne, successivamente, abbandonata da M. Hauriou *(Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1966, pp. 380 ss.), e da L. Duguit *(Traité de droit constitutionnel*, I, Paris, 1921, p. 687. Per più ampi riferimenti, *cfr.*, R. Charvin, *Justice et politique evolution de leurs rapports)*, Paris, 1968, pp. 175 ss. Oggi si è pervenuti a sostituire al "pouvoir" l' "autorità" giudiziaria e ad inquadrare il fenomeno nel "service public de la justice" (Perrot, R., *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, nn. 47 e 48, pp. 58 ss.).

[109] *Cfr.*, Denti, V., *Il potere giudiziario* in *Attualità e attuazione della costituzione*, Bari, 1979, pp. 173 ss., nonchè Rigano, F., *Costituzione e potere giudiziario*,

ciamento" della stessa dallo *Stato-apparato*. Si tratta, per la verità, di un fenomeno ancora latente; del resto, è stato esattamente osservato [110] che, in questi, settori, i passaggi da un modello ad un altro sono graduali, spesso sotterranei ed insensibili. Al momento non mancano tuttavia, indizi —se si vuole frammentari, ma certamente significativi— della tendenza della magistratura a non riconoscersi più nell'apparato di governo ed a collocarsi in una posizione di piena indipendenza rispetto a coloro che detengono il potere politico. Le suggestioni dei modelli anglosassoni [111] non sono forse estranee al superamento del modello burocratico ed al recupero di una concezione professionale del giudice. Ma probabilmente [112] è proprio la memoria storica che potrebbe spiegare la recente evoluzione della magistratura italiana: come se l'anima del diritto comune abbia continuato a reggere dalla tomba la coscienza collettiva dei giudici, dal timido proclama di Trani del 1903 fino ai discorsi odierni sulla nuova professionalità.

2. *Quale processo*

Le espressioni "potere giudiziario" e "potere del giudice" restano, peraltro, ancora nozioni confuse, fino a quando non si scenda all'analisi dei singoli "poteri" del giudice nel processo.[113] Del resto, non è sufficiente contestare lo schema burocrativo. Da un lato, l'*anonymous bureaucratic character* —per usare una espressione di Friedmann [114]— è un modo di pensare, è un fatto culturale che ha prolungamenti a più livelli e caratterizza la stessa struttura del processo. D'altro lato, la nozione di professionalità del magistrato assume concretezza solo attraverso una determinazione dei poteri del giudice nel processo per quanto si riferisce sia alla prova dei fatti che all'applicazione della legge.

Padova, 1982, per analitico esame dei lavori preparatori della Costituzione. Da ultimo, *cfr.*, Bartole, S., *Il potere giudiziario*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1984, pp. 721 ss.

[110] Crisafulli, *Lezioni*, *op. cit.*, I, p. 81.

[111] *Cfr.*, *retro*, § 6.

[112] Pizzorusso, "La responsabilità del giudice nel quadro del modello italiano di ordinamento giudiziario", *op. cit.*, pp. 386 ss., ritiene che la principale differenza fra modello anglosassone e modello italiano consista nella indipendenza interna che, da noi, è realizzata attraverso la valorizzazione del principio del giudice naturale e mediante la struttura pluralistica del C.S.M., mentre, nei modelli anglosassoni, l'indipendenza è basata non su garanzie giuridiche, ma su regole sociali sentite come inderogabili.

[113] Fabrini, G., "Potere del giudice (diritto processuale civile", in *Enciclopedia del deritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721.

[114] Friedmann, W., *Legal Theory*, 5ª ed., New York, 1967, p. 532.

Tornano così motivi dominanti nella nostra cultura giuridica: fino alla fine del XIX secolo l'ordinamento giudiziario costituiva il capitolo introduttivo dei trattati di procedura. L'idea che ordinamento giudiziario e processo costituissero filiazione di una comune razionalità, anzi due aspetti di uno stesso fenomeno, fu scolpita nella fortunata metafora di Pellegrino Rossi, secondo cui la relazione poteva essere porificata a quella fra una macchina in riposo ed una macchina in movimento, ossia tra il momento statico e quello dinamico dell'esperienza giuridica.[115] La rinnovata sensibilità dei reciproci condizionamenti fra potere del giudice e strutture processuali,[116] non ha trovato risvolti nell'ideologia della nostra magistratura che ci appare ancora carica di ambiguità: i mutamenti in atto nei riguardi delle istituzioni giudiziarie sembrano rimasti, per lo più, incidenti senza conseguenze al livello del processo.

Al di lá delle differenti articolazioni (si pensi, soprattutto, al divario esistente fra schemi processuali civili, penali ed administrativi), il processo sembra presentare, in effetti, due alternative di fondo, le cui radici vanno probabilmente ricercate negli opposti modelli dell'*ordo iudiciarius* medioevale[117] e del *processus* moderno.[118] Potremmo sintetizzare tali contrastanti filosofie della procedura, riconducendole a due differenti nozioni di "ordine": l'ordine "isonomico" e l'ordine "asimmetrico".[119]

a) A partire dall'età moderna, in Europa continentale, gli schemi processuali hanno finito per essere impostati su un ordine "asimmetrico". Il processo ha assunto una netta colorazione pubblicistica; è stato concepito come un meccanismo pilotato da un giudice funzionario dotato di ampi poteri, che lo pongono in una posizione privilegiata rispetto alle parti, ma che, in compenso, ne postulano lo stretto controllo da parte dello Stato-apparato. Il magistrato agisce secondo una logica burocratica; la sua attività è prevedibile e fungibile.

[115] Ricordata ancora da Bordeaux, R., *Philosophie de la procédure civile, memoire sur la réformation de la justice*, Evreux, 1957, p. 117.

[116] *Cfr.*, le osservazioni di Denti, V., "Dottrine del processo e riforme giudiziarie", in *Riv. dr. proc.*, 1981, pp. 230-231.

[117] La problematica medioevale degli *iura naturalia* nel processo sembra persistere anche in istituti del diritto processuale ibero-americano, quale l' *amparo*, al quale ha dedicato importanti contributi il maestro a cui è dedicato questo saggio Fix-Zamudio, H., *El juicio de amparo*, México, 1964).

[118] Sul passaggio dalla nozione di *ordo iudiciarius*, propria della procedura medioevale, a quella moderna di *processus*, inteso come fenomeno burocratico, e sui rispettivi modelli di razionalità *cfr.*, Picardi, N., "Du "iudicium" au 'processus', in Melanges Ignatawicz (in corso di stampa): *Id.*, *Processo civile*, (*Storia diritto moderno*) in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 117.

[119] Giuliani, A., "Ordine isonomico e ordine asimmetrico Nuova retorica e teoria del processo", in *Sociologia del processo*, 1986, pp. 86 ss.

A monte di questo fenomeno vi è, in effetti, uno degli avvenimenti più traumatici nella storia della procedura continentale: l'appropriazione, da parte del principe, dell'*ordo iudiciarius*.[120] Il *processus* in senso moderno —soprattutto nelle sue varianti accentuatamente inquisitorie— ha costituito il primo ed il più vistoso risultato dell'affermazione della statualità del diritto e della procedura. Le regole processuali dettate dal legislatore hanno finito per essere considerate le sole garanti della legittimità della decisione, nel senso della *Legitimation durch Verfahren*.[121]

Non possiamo in questa sede approfondire le cause che hanno incoraggiato, nella nostra era, l'aumento dei poteri del giudice; certo è che la stessa scienza giuridica raramente [122] ha messo in discussione una filosofia del processo "asimmetrico", costruito come fenomeno burocratico ed ha contribuito a fare del giudice il "signore del processo" [123] ed il "signore della prova".[124]

b) Nella nostra esperienza contemporanea non mancano, però, alcuni sintomi —anche se ancora incerti e timidi— di un recupero dei fondamentali valori "isonomici" del processo, nel senso del *due process*[125]

[120] Picardi, N., "Les racines historiques et logiques du code de procédure civile", in *Filosofia e Scienza della legislazione*, a cura di A. Guiliani e N. Picardi, in *L'educazione giuridica*, V, 1987 (in corso di stampa).

[121] Luhmann, L., *Legitimation durch Verfahren*, Darmastadt, 1975. D'altra parte, si aggiunga che anche la teoria del processo come "fenomeno di riduzione della complessità" —collegata all'idea della "legittimazione attraverso il processo" e alla concezione dell'attività normativa del giudice sulla base di *Konditional-programme* offerti dal legislatore (in tema *cfr.*, G. Orru', "Richterrecht", *op. cit.*, 41)—, finisce per rinviare ad un giudice concepito come *home burocraticus* e ad un processo costruito come meccanismo manovrabile dal giudice funzionario.

[122] Secondo F. P. Comoglio ("Direzione del processo e responsabilità del giudice", in *Studio Liebman*, I, Milano 1979, pp. 478 ss., ed ivi ampia bibliografia), ausi si tratterebbe ormai di un "punto fermo". In tema *Cfr.*, Rodríguez U. J., *Autoridad del juez y Principio Dispositivo*, Valencia, 1968.

[123] Fabbrini, G., *Poteri del giudice*, *op. cit.*, p. 744.

[124] Nigro, M., "Il giudice amministrativo 'signore della prova'", in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano, 1968, e già in "Foro it". 1967, V, pp. 9 ss.

[125] Vigoriti, V., *Garanzie costituzionali del processo civile, Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, 1973. Si veda anche Rt. Hond Lord Denning, *The Due Process of Law*, London, 1980.

La ricerca sociologica ha, d'altra parte, evidenziato che, nella civiltà giuridica anglosassone, fondamentale è l'idea della procedura collegata ai valori del *"due process"*: "gli atti procedurali... non stabiliscono quello, che la gente deve fare o non deve fare, ma quello che a livello istituzionale à la procedura appropriata per stabilire e far rispettare i diritti o con riferimento alle istituzioni, per stabilire e far rispettare i doveri. L'importanza della procedura nella nostra tradizione giuridica è quindi evidente", Parsons, "La prospettiva sociologica", *op. cit.*, p. 105.

o, se si preferisce, della *natural justice*.[126] Innanzitutto, la larga diffusione dello stato d'animo collettivo al fenomeno "amnesty international" sembra rappresentare il segno di una rinnovata sensibilità per i significati etici e politici, prima ancora che giuridici, delle garanzie processuali. Non meno rilevante è, poi, l'interesse comparativo per le esperienze basate sull'*adversary system* e, in genere, per gli schemi processuali anglosassoni.[127]

Il canale privilegiato attraverso il quale il nostro processo potrebbe arricchirsi dei principi di *fairness* [128] sembra, però, rappresentato dalla progressiva rilevanza della giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Esse hanno assunto il ruolo di cerniera culturale e di mediazione fra gli ordinamenti processuali continentali e quelli anglosassoni [129] e potrebbero costituire un fattore non trascurabile per l' "Isonomizzazione" del processo. Nella giurisprudenza di Strasburgo si coglie, in effetti, lo sforzo di delineare la nozione di *processo equo* come risultante di una serie di garanzie (fra le quali, l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza delle armi [130] che vengono ad assumere valenze finora inedite nella nostra giurisprudenza [131] e potrebbero costituire, domani, il fulcro di una diversa concezione del processo. In questo quadro significativa appare la circostanza che, negli ultimi tempi, si riaccenda —soprattutto nell'ambito della nostra magistratura— [132] il dibattito sulla funzione garantistica del giudice. La formula

[126] Per usare l'equivalente, perattro parziale, in uso nella letteratura inglese, *cfr.*, per tutti, Jackson, P., *Natural Justice*, London, 1973.

[127] Taruffo, M., *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979, e Abraham, H. J., *The judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, 5º ed., New York, Oxford, 1980.

[128] Stein, P., e J. Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (trad. it. A. Maccioni), Milano, 1981, p. 114.

[129] Chiavario, M., *Processo e garanzia della persona* 3ª ed., II, Milano, 1984, pp. 2 ss., nonchè Picardi, N., "Du procès oral au procès équitable", in *Acta Universitatis Lodziensis*, 1983, 12, pp. 88 ss.; *Id.*, "I processi speciali", in *Riv. dr. proc.*, 1982, pp. 704 ss.

[130] *Cfr.*, per tutti, i numerosi contributi contenuti nel volume *L'eguaglianza delle armi nel processo civile*, Atti del Convegno di Parma del 10 dicembre 1976, in "Studi Parmensi", XVIII, Milano 1977, nonchè M. De Salvia, "Privazione di libertà e garanzie del processo penale nella giurisprudenza della commissione e della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *Riv. it. dr. e proc. pen.*, 1979, pp. 1403 ss., 1980, pp. 93 ss.

[131] *Cfr.*, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale italiana*, a cura di G. Biscottini, Milano, 1981.

[132] *Cfr.*, nell'ambito della magistratura, gli Atti del VI Congresso Nazionale di Magistratura Democratica su *Poteri e giurisdizione*, già *cit.* e, in essi, specialmente Borre', G., *Crescita del ruolo giudiziario: prospettive e problemi. Cultura della*

del "garantismo" oggi tende, in effetti, a riempirsi di significati almeno parzialmente nuovi.[133]

Si impone, in effetti, la nacessità di rivisitare i concetti tradizionali di uguaglianza, di contradditorio e di oralità che colorano, in guise diverse, il modo di concepire la neutralità e l'imparzialità del giudice.[134] Le istituzioni processuali basate sull'ordine "isonomico" —dall' *ordo iudiciarius* medioevale alla procedura inglese— [135] ci rivelano il ruolo di un giudice neutrale, ma non passivo. E' stato esattamente rilevato che le stesse garanzie sovranazionali non hanno inteso escludere una funzione attiva del giudice, ma hanno soltanto contribuito a precisare che l'eventuale previsione di una tale funzione non deve andare a scapito della "possibilità per le parti di dare tutto l'apporto costruttivo e critico di cui possono essere portatrici".[136]

Le regole di procedura hanno, anche e soprattuto, una funzione "compensativa" rispetto alle diverse ineguaglianze; si pensi, all'ineguaglianza tra i governati e i governanti, tra il cittadino ed i suoi giudici, tra la difesa e l'accusa, tra il convenuto e l'attore.[137] L'osservanza delle regole di procedura proprie di un ordine "asimmetrico" non é sufficiente, in quanto può celare forme di abuso del processo. Il *processo equo* va inteso non soltanto come garanzia di legalità, ma soprattuto come garanzia di giustizia. Sarebbe assurdo parlare di "giusta" appli-

giurisdizione e cultura dell'autogoverno, pp. 207 ss., e gli Atti del XVIII Congresso Nazionale dei Magistrati italiani su *Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini*, già *cit.* e, in essi, in particolare, le relazioni di V. Accattatis, pp. 44 ss., di G. Caliendo ed altri, pp. 80 ss., di E. Ferri, pp. 115 ss.

[133] Si è parlato, in proposito, di neo-garantismo. *Cfr.*, Denti, V., "Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo", in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1984, p. 729.

[134] Fazzalari, E., "La imparzialità del giudice", in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, pp. 337 ss.

[135] L'aumento dei poteri del giudice è, in effetti, rilevabile negli stessi sistemi basati sull'*adversary system*, ma questi hanno trovato correttivi e compensazioni. Ad esempio TH. I. Emerson ("Libertà civili, potere pubblico e democrazia: l'esperienza americana", in *AA. VV. I limiti della democrazia*, a cura di A. Baldassarre, Bari, 1985, pp. 70-85), scrive che, negli Stati Uniti, poichè erano "rafforzati da una lunga tradizione di sostegno dei diritti individuali contro l'esercizio arbitrario del potere pubblico, i tribunali si sono dimostrati una delle istituzioni americane di maggior efficacia nello sviluppo e nel mantenimento di un sistema di diritti individuali".

[136] Chiavario, M., "Processo e garanzie della persona", II, *op. cit.*, pp. 5 ss.

[137] Proprio la funzione "compensativa" della procedura giustifica la previsione di procedure speciali o, come altri preferisce, forme di tutela differenziate. *Cfr.*, per tutti, Picardi, N., "I processi speciali", *op. cit.*, pp. 703 ss., con riferimenti bibliografici ai quali si aggiunga; Denti, V., "Il ruolo del giudice", *op. cit.*, p. 730.

cazione di una legge ingiusta.[138] Soltanto il recupero dell'autonomia del concetto di "diritto" rispetto a quello di "legge" ci permette di ristabilire una autentica dialettica legislatore-giudice e di realizzare la sintesi tra diritto ed equità.

Tali nuovi orientamenti rinviano indefinitiva, alla concezione di un giudice professionale e potrebbero essere interpretati como dei tentativi di recupero di valori non ignoti al processo comune europeo. Alla loro radice si avverte, infatti, l'eco della extrastatualità della procedura, che ha un onorevole *pedigree* nella storia della civiltà giuridica occidentale.[139] Ancora oggi i principi della procedura tendono a collocarsi al di fuori e al di sopra dello Stato-apparato: non si è ancora concluso il processo di costituzionalizzazione,[140] e già si va delineando un loro ripensamento in una dimensione sovranazionale.[141]

Di fronte a queste due alternative, si coglie la *grande contraddizione* dell'esperienza italiana di quest'ltimo ventennio: da un lato abbiamo assistito alla liquidazione di ogni rediduo burocratico dell'organizzazione giudiziaria: dall'altro, un processo asimmetrico (disegnato per giudici-funzionari, controllati dallo Stato-apparato) è apparso compatibile con il nuovo ruolo rivendicato dalla magistratura. In tal modo il superamento degli aspetti burocratici non soltanto non ha trovato forme di compensazione, ma ha innescato una pericolosa forma di involuzione del processo, che ha favorito le ricorrenti tentazioni del *giudice-legislatore* e del *giudice-amministratore*. Il processo è apparso indirizzato ad un fine e ad un risultato. L' "emergenza", da parte sua, ha favorito nel processo penale —considerato come meccanismo di "difesa sociale"[142]— posizioni estreme che hanno trovato la loro teorizzazione

[138] P. Stein-J. Shand, "I valori jiuridici", *op. cit.*, pp. 123 ss.

[139] Picardi, N., "Le racines historiques et logiques du code de procedure civile", *op. cit.*, § 2.

[140] *Cfr.*, per tutti, Trocker, N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974.

[141] M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia della giustizia del XX secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1381 ss., id., *Giustizia costituzionale sovranazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, pp. 1 ss., e M. Chiavario, "Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionali sui diritti civili e politici", in *Studi Liebman, op. cit.*, II, pp. 911 ss.

La tendenza all' "internazionalizzazione" delle regole di procedura è pure evidenziata da E. Vitta, *Processo civile e diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 571, pubblicato anche nel volume *L'eguaglianza delle armi processo civile* citato. In tema *cfr.* già V. Grementieri, *Le garanzie internazionali del processo civile*, in *Studi Raselli*, Milano, 1971, I, pp. 795 ss.

[142] Da ultimo, per un ampio quaderno, anche storico, dei metodi inquisitori, si veda, per tutti, Cordero, F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, pp. 43 ss.

nell'ideale del c.d., processo forte, del processo come strumento di lotta contro qualcuno e contro qualcosa.[143] Ma neppure la procedura civile va immune dalle tentazioni di un uso politico e sociale del processo, quando lo si configura *tout-court* come strumento di politica sociale.[144] Il legislatore, più o meno consapevolmente, ha finito per favorire tali tendenze: la patologia della legislazione rischia di risolversi nella patologia della giurisdizione.

3. *Quale giudice*

I limiti della presente indagine impediscono di approfondire le cause delle ambiguità e delle contraddizioni evidenziate. La soluzione dei problemi appare, comunque, complessa perchè investe non soltanto profili di tecnica legislativa, ma, anche e soprattutto, aspetti culturali. Tale situazione sollecita la magistratura a ricercare la sua identità[145] e, proprio nella fase ricostruttiva, si coglie l'intimo disagio dei nostri giudici i cui orientamenti possono essere ricondotti a due situazioni limite:

a) La prima linea di tendenza non mette in discussione che il rapporto tra giudice e cittadino restanella logica del "potere": fra governanti e governati. Magistrati ed istituzioni politiche assolvono attribuzioni sostanzialmente omogenee: i problemi possono essere fatti indifferentemente "scivolare" —per dirla con Luhmann—[146] dall'una alle altre e viceversa. Anche il giudice, nonostante la sua neutralità, finisce per svolgere una funzione sostanzialmente "politica", nel quadro del sistema complessivo. Rifiutato il modello del giudice-funzionario, la magistratura sembra, allora attratta da quello del giudice-ingegnere sociale, oppure distributore di ricchezze, riproponendo così quel modello del *Richter-König*, che fu caro ad alcuni settori della scuola del diritto

[143] *Cfr., retro*, § 2.

[144] Denti, V., "Il processo come strumento di politica sociale", in *Processo civile e giustizia sociale* dello stesso A., Bologna, 1971, pp. 53 ss.

[145] Merita attenzione sotto tale profilo l'affermazione di Cordero, F., "La Magistratura", in *Potere, Poteri emergenti e loro vicissitudini nell'esperienza giuridica italiana, op. cit.*, p. 433: "Non mi stupirei se nelle prossime decadi gli apporti scientificamente notevoli venissero da lì (da magistrati giuristi): a pari talenti, *chi giudica vede meglio del professore negli alambicchi del diritto*. Sulla scena francese sei e settecentesca dominano Jean Domat e Robert-Joseph Pothier, due magistrati minori: uno avocat du roi a Clermont Ferrand, l'altro conseiller au Présidial d'Orléans; le "Loix Civiles dans leur ordre naturel" e i "Traités du droit français" fanno epoca: nasce nelle corti la geometria del Code Napoléon".

[146] *Cfr., retro*, § 3, p. 42.

libero. Del resto, le tentazioni di un "governo dei giudici" non sono estranei alla nostra storia giuridica.

In definitiva, secondo questo primo orientamento, la magistratura è stretta in un'alternativa: essere ridotta ad *articolazione interna del potere*, sull'esempio del modello prussiano o di quello napoleonico, oppure costituirsi, essa stessa, come *contropotere*, sull'esempio della magistratura francese dell'*Ancien Régime*.

b) Una ridefinizione dei rapporti fra politica e magistratura rappresenta, invece, la premessa —secondo una diversa linea ricostruttiva— per uscire dall'*impasse* a cui conduce il precedente orientamento. Non é oggi contestabile che anche il giudice finisca per svolgere un'attività "politica"; ma l'equivoco è nella convinzione che le funzioni attribuite al giudice siano —senza determinazione di limiti— interscambiabili con quelle affidate ad altri organi. Al giudice compete un tipo di politica, che è constitutivamente diverso da quello proprio del potere legislativo ed esecutivo. L'esperienza giuridica è, infatti, pluralistica: vi sono problemi organizzativi e di giustizia distributiva in cui ocorre una *volontà* decisionale, che non può essere affidata al giudice. Per questi problemi la responsabilità politica *stricto sensu*, la procedura legislativa (attraverso la critica ed il dibattito) e il procedimento amministrativo (attraverso il sistema di garanzia e di controlli) offrono accettabili limiti di razionalità. Vi è, poi, una sfera in cui il diritto ci appare manifestazione di una razionalità pratica, sociale, pubblica. E' il dominio della ragionevolezza, dell'opinione, della persuasione: questo, è il campo di competenza del giudice (dal settore della responsabilità a quello dell'informazione, dalla tutela dell'ambiente a quella dei diritti imani).[147]

Se il giudice pretendesse di fare *politica* nel senso del potere legislativo e di *amministrare* nel senso del potere amministrativo, otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo "politico" proprio del giudice. Se questi pretendesse, poi, di divenire distributore di beni e di ricchezze, finirebbe alla lunga per perdere la fiducia dei cittadini. Per quanto nobili fossero i suoi scopi, la sua decisione non sarebbe più una sentenza, ma un atto di amministrazione. La dilatazione della "supplenza" della magistratura[148] si risolverebbe in una anarchia istituzionale con inac-

[147] Sull'argomento *cfr.*, la nota introduttiva di A. Giuliani, alla *trad. it.*, a cura *di Crifo'*, G., del libro di CH. Perelman, *Logique juridique*, (*Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979, p. XXXIX).

[148] *Cfr.*, *retro*, §§ 2 e 3.

cettabili situazioni conflittuali. L'allentamento della soggezione del giudice nei confronti della legge non sembra, dunque, potersi spingere al di là di certi limiti,[149] oltre i quali —per usare liberamente una espressione dello storico Maitland— si avrebbe "una corte di uomini politici che impongono una politica, e non una corte di giudici che amministrano la giustizia".[150]

In quest'ottica sembra possibile prefigurare un assetto in cui, in linea di massima, allo *Stato-apparato* rimangono i compiti di direzione politica e di gestione amministrativa della collettività nazionale.[151] I giudici, invece, si collocano all'esterno dell'apparato di governo[152] ed appaiono espressione della comunità organizzata, organi, pertanto, dello

[149] Su tali limiti *cfr.*, Picardi, N., "Le sentenze 'integrative' della Corte costituzionale", *cit.*, pp. 599 ss.

[150] Sui limiti logici della libertà del giudice, *cfr.*, Wroblewski, J., "Theortical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decision", in *Atti Perugia, cit.*, p. 84. Sui rapporti fra potere politico e potere giudiziario, *cfr.*, Charvin, R., "Justice et politiques", *op. cit.*, spec. pp. 11 ss.: con particolare riguardo al profilo storico della "justice politique" e Giacobbe, G., "Potere politico e potere giudiziario", in *Annali Fac. Economia Univ. Messina*, 1974, 2, pp. 395 ss.:

[151] *Cfr.*, per tutti, Capurso, M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?* Milano, 1977, p. 114.

Di recente, la Corte costituzionale, esaminando in sede di conflitto di attribuzione un interessante caso di supplenza giudiziaria, ha affermato che "non spetta all'attività del giudice il provvedere ad esigenze generali della società, né ad amministrare la sicurezza pubblica e la pubblica incolumità" e che appartiene, anzi, "anche ad una nozione tradizionale di pubblica amministrazione il provvedere alla conservazione dell'ordine pubblico e della sanità" (Corte cost. 23 dicembre 1986, n. 283).

[152] Un primo orientamento (Montesano, L., "La funzione giurisdizionale nella Repubblica italiana", in *Temi*, 1967, pp. 573 ss. *Id.*, "La tutela giurisdizionale dei diritti", in *Trattato di diritto civile italiano fondato da Vassalli*, XIV, I, Torino, 1985, pp. 4 ss.), tiene ancora fermo il principio secondo cui la magistratura è organicamente inquadrata nello Stato apparato (Montesano, *op. ult. cit.*, p. 6 nota), ma già rifiuta di "porre i giudici tra i *governanti* in contrapposto ai *governati*". Tale concezione muove, invero, dalla "asoggettività", caratteristica tipica della funzione giurisdizionale: l'attività giurisdizionale non è mai riferibile allo Stato apparato o ad altri soggetti, come è comprovato, fra l'altro, dallo stesso sistema delle impugnazoni.

In effetti, i processi di impugnazione —anche se tendono a rimuovere l'effetto di un provvedimento giurisdizionale— non hanno come parte né lo Stato, né il giudice che ha emanato l'atto impugnato, né il potere giurisdizionale, ma unicamente tutti o alcuni dei soggetti nella cui sfera giuridica il provvedimento impugnato è destinato ad incidere. Diversamente si configura, invece, l'attività di controllo amministrativo: l'impugnazione, in questi casi, viene proposta nei confronti della P.A., che ha emanato l'atto, e, quindi, ben può dirsi che l'attività amministrativa —a differenza di quella giurisdizionale— è riferita allo Stato-apparato.

Né la situazione è diversa nel caso di provvedimenti giurisdizionali muniti di efficacia costitutiva. Mentre la P.A., che espropria un bene per pubblica utilità persegue un fine dello Stato —apparato, il giudice che vende forzatamente il bene

Stato-comunità o, se si preferisce, dello *Stato-ordinamento*.[153] La magistratura, in definitiva, rappresenta un potere che, seppure esterno all'apparato resta, tuttavia, pur sempre un potere dello Stato.[154]

La qualifica di "potere", non solo sottolinea l'indispensabilità della funzione giurisdizionale, ma pone anche il problema della coesistenza con altri poteri dello Stato e, quindi, la ricerca di condizioni di equili-

pignorato o il giudice che risolve o costituisce un rapporto non persegue, invero, un fine proprio dello Stato— apparato e neppure dello stesso giudice o del potere giurisdizionale, ma realizza e concreta *tout court* l'ordinamento (Montesano, *op. ult. cit.*, pp. 4-5 e 15-16).

[153] Secondo un altro orientamento (Benvenuti, F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia 1965, pp. 206-208; Berti, G., "La pubblica amministrazione come organizzazione, *op. cit.*, pp. 53 ss. spec. nota 79; Sandulli, A., "Manuale", *op. cit.*, I, pp. 5 e 6; Capurso, M., "I giudici della repubblica", *op. cit.*, p. 114, e Grossi, P.F., "I diritti di libertà", *cit.*) il distacco dallo *Stato-apparato*, lungi dal limitarsi all'aspetto funzionale della giurisdizione, finisce per investire anche il profilo organico. In quest' ottica, non solo il giudice, ma l'intera magistratura viene qualificata —a seconda della prospettiva generale da cui si parte— come organo dello *Stato-comunità* (Benvenuti, Berti e Sandulli) o dello *Stato-ordinamento* (Grossi), che, come si è detto (retro nota 105) costituiscono soltanto due aspetti dello *Stato-istituzione*.

Nè, in contrario, appare determinante la previsione della nomina per concorso (art. 106, 1 comma, Cost.) perchè tale forma di reclutamento non è esclusivamente prevista per la copertura di uffici dello *Stato-apparato*, si pensi, ad esempio, al reclutamento dei notai. Neppure è stato considerato risolutivo il rapporto di impiego dei giudici con lo *Stato-apparato*, il magistrato resta, infatti, organo dello Stato-istituzione e, solo ai fini organizzativi, la gestione —come, in generale, l'organizzazione ed il funzionamento dei servizi (art. 110 Cost.)— vengono addossati allo *Stato-apparato* (Sandulli, "Manuale", *op. cit.*, pag. 6).

Posizione critica contro questo secondo orientamento è stata, peraltro, assunta da Montesano, *op. ult. cit.*, p. 6 nota e A. Pizzorusso, "La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione in *Riv. dr. proc.* 1982, p. 254.

[154] Partendo dal presupposto che l'esercizio delle funzioni giurisdizionali non costituiscono funzioni dello Stato-apparato, Montesano, L., ("La tutela giurisdizionale dei diritti", *op. cit.*, p. 69 ss.) ne deduce, invece, la estraneità della magistratura ai poteri dello Stato. Tale teoria è, peraltro, in contrasto con l'orientamento dottrinale, oggi accolto anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo il quale è dato configurare anche poteri esterni allo Stato-apparato, poteri che, come tali, possono essere parti di conflitti di attribuzioni; *cfr.*, Mazziotti, M., "Poteri esterni allo Stato-persona come parte dei conflitti di attribuzione e questioni di ammissibilità del referendum" in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 979 ss. Altre argomentazioni addotte dal Montesano a sostegno della sua tesi —e già anticipate, fra l'altro, in *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli 1960, p. 234— sono state criticate sempre da M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato*, vol. I, Milano 1972, pp. 119-120, nota 18.

Sulla legittimazione della magistratura nel conflitto di attribuzioni, *cfr.*, Cipriani, F., "Sul conflitto di attribuzione contro il potere giudiziario", in *Foro it.* 1982, I, coll. 568 ss., e Pizzorusso, A., "La magistratura come parte dei conflitti di attribuzione" in *Riv. dr. proc.*, 1982, pp. 246 ss.

brio.[155] La stessa divisione[156] e differenziazione dei poteri indubbiamente favorisce una loro combinazione e, quindi, un bilanciamento. Il potere giudiziario, in particolare, appare come un potere "neutro" o imparziale,[157] ma, come si è visto, non passivo.

Questo secondo orientamento porta, quindi, ad attribuire al giudice anche un dovere di resistenza *(Resistenzpflicht)* nei confronti dei governanti —per usare l'espressione di Engelmann—,[158] e riconosce alla magistratura la funzione di barriera dell'uso improprio del potere,[159] cioè di *limite istituzionale del potere*. Limite ovviamente non arbitrario[160] perchè la giurisdizione si risolve nell'oggettivo concretarsi dell'ordinamento[161] nei confronti di tutti i suoi soggetti e, quindi, anche nei confronti di coloro che sono espressione del potere politico, a cominciare dai relativi schemi istituzionali: goberno e parlamento.

In conclusione, il giudice italiano appare oggi incerto tra opposti modelli politico-costituzionali. A seconda della soluzione adottata po-

[155] La tensione fra poteri non sembra, peraltro, di per sé un fatto negativo: un certo grado di contrasti è ancora fisiologico. *Cfr.*, Senese, S., "Crisi della giustizia o crisi della democrazia?", *op. cit.*, p. 22.

[156] Martland, D.A., "Justice Without Favor: Due Process and Separation of Executive and Judicial Powers in State Government" in *Yale Law Journal*, 94 (7), 1985, pp. 1675 ss., criticando la c.d. dottrina Dreyer, sottolinea che una inadeguata divisione dei poteri finisce per intaccare l'imparzialità del giudice e pregiudicare la realizzazione del processo equo.

[157] I poteri dello Stato, da un lato, i soggetti in genere dell'ordinamento, dall'altro, gli uni e gli altri nei loro reciproci rapporti, infine, tutti cooperano —ciascuno per il proprio settore— alla vita della comunità. Quando, però, tali parti si incrociano disordinatamente, si scontrano, si ostacolano, occorre un "potere" che rimetta ciascuno al proprio posto. Questo potere non può essere impersonato da una delle parti, perchè altrimenti finirebbe per eliminare le altre. Occorre che esso sia esterno, anche e soprattutto allo Stato apparato; che si applichi ovunque sia necessario; che intervenga a *posteriori* e sia riparatore, senza essere ostile.

Come ha chiarito la Corte costituzionale non è escluso, però, che, in via eccezionale e specie in situazioni d'urgenza, il giudice possa assumere anche un provvedimento *a priori*. Si tratta di ipotesi rilevabili soprattutto nel penale, nel quale "il pretore ove proceda ad attività preliminari di polizia giudiziaria... deve impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori". Il giudice —in questi casi limite— operà, però, sempre "nell'ambito di un dovere o di un potere istituzionale specificamente contemplato dalla legge" (C. Cost. 23 dicembre 1986 n. 283 *cit.)*.

[158] Engelmann, W., *Die Wiedergeburt der Rechskultur in Italien durch die Wiffenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938.

[159] Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford 1967, p. 158.

[160] Spagna Musso, E., "Rapporti fra potere politico e potere giudiziario e riforma del pubblico ministero e dei consigli giudiziari", in *Riv. trim. dr. proc. civ.*, 1981, p. 67.

[161] *Cfr., per tutti*, Montesano, "La tutela giurisdizionale dei diritti", *op. cit.*, pp. 4 ss. e 12 ss.

trà essere coerentemente risolto anche il problema della responsabilità del giudice.[162] Dubitiamo, comunque, che il governo dei giudici sia una via praticabile, in quanto porta, inevitabilmente, ad una pericolosa confusione dei poteri; l'esperienza storica non ci rivela esempi incoraggianti al riguardo. L'assunzione del ruolo di contropotere da parte della magistratura francese durante il XVIII secolo ha, a sua volta, costituito una delle cause non secondarie della disgregazione dell'*Ancien Régime*.

Non possiamo infine, nascondere le perplessità nel vedere apparire il presente saggio —maturato nello spirito di questi convincimenti— nel momento in cui un grave conflitto istituzionale potrebbe rendere ancor più precaria lo vocazione nel nostro tempo per una organica e meditata riforma sia dell'ordinamento giudiziario che del processo. Per ritornare alla metafora di Pellegrino Rossi, il *referendum* ci propone, semplicisticamente, di sostituire i freni della macchina giudiziaria come rimedio al suo cattivo funzionamento. L'esperienza odierna conferma, invece, che la responsabilità del giudice —isolata dagli altri problemi— rischia di essere strumentalizzata e che i valori garantistici, legati alla tutela del cittadino, finiscono per essere emarginati nella strategia di una lotta fra poteri.

[162] Alla cui soluzione ci proponiamo di dedicare un successivo lavoro. Si veda, comunque, già A. Giuliani e N. Picardi, "La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano", *op. cit.*, pp. 579 ss.

PENSAMIENTO PROCESAL DEL DOCTOR ADOLFO MALDONADO —SU EXPRESIÓN EN 1934—

Cipriano GÓMEZ LARA

SUMARIO: I. *La personalidad humanista del doctor Adolfo Maldonado.* II. *Su obra.*

I. LA PERSONALIDAD HUMANISTA DEL DOCTOR ADOLFO MALDONADO

El doctor Adolfo Maldonado no sólo fue un preclaro jurista, sino también un humanista cultivador de las múltiples y elevadas actividades del ser humano.

Sería una desmedida pretensión de mi parte el intentar un análisis más o menos completo de su vastísima y profunda obra intelectual.

Básteme acometer el repaso de algunas de las ideas que dejó plasmadas en el año de 1934, en la pequeña, pero grandiosa obra —por su trascendencia— denominada *Fundamentos del proceso civil.*

Antes de realizar tal propósito, deseo bosquejar un perfil de la ilustre personalidad que fue forjando el doctor Maldonado a lo largo de su fructífera existencia.

A quienes tuvimos la fortuna de recibir sus enseñanzas, nos afirmaba que:

> ... ser en la vida guerrero, filósofo, poeta o negociante, son posturas primarias; todas ellas que en sí mismas llevan su propia justificación y al mismo tiempo, son coesenciales con la existencia del hombre, único ser capaz de sentirse distinto de sus semejantes y de obrar según esa diversidad que lleva en sí mismo y que cultiva al autoesculturar su vida.

Estas ideas quedaron plasmadas en otra de sus grandes obras: su libro de *Sociología.*

El doctor Maldonado era conocido como un jefe duro; quizá desde alguno de los enfoques con los que se califica en nuestro país a la

dureza de los jefes, pudo haberlo sido. Hay quien lo describe diciendo que ni su trato, ni su aspecto, eran precisamente dulces.

De regular estatura y complexión, revelaba, ante todo fuerza y carácter; cabeza y frente de intelectual, nuca gruesa, nariz grande, labios delgados, exteriorizaba limpieza y acrisolada integridad. Era muy propio en el hablar y parsimonioso en su actitud y movimientos.

Lo conocí cuando él impartía el curso superior de metodología del derecho en el doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde teníamos dos clases a la semana, mismas que se iniciaban a las 17:30 horas. Minutos antes de tal momento, siempre estaba ya el maestro, cotidianamente esperando la llegada de quienes éramos en ese entonces sus alumnos. Jamás llegó ni siquiera un minuto tarde a todas sus clases.

En aquella época, viví una circunstancia afortunada, pues era yo un joven maestro de la licenciatura en la Facultad de Derecho e impartía mi clase en un horario de 16:30 a 17:30 horas en un piso contiguo del mismo edificio. Entonces, terminaba mi clase unos minutos antes y bajaba al piso inferior, donde obviamente encontraba al maestro Maldonado, esperando ya en el salón correspondiente a todos los alumnos. Por esa circunstancia, mi llegada era siempre la primera y por ella fue que tuve la oportunidad magnífica y valiosa de mantener una plática de cinco a diez minutos con el maestro, en tanto se presentaba el resto del grupo.

Meses después, el doctor Maldonado me invitaría para colaborar a su lado en la Nacional Financiera, institución valiosísima de la cual fue uno de los sólidos pilares durante más de veinte años en los que trabajó con infatigable actividad constante.

Son muchos los doctores Maldonado que cada una de las personas que le conocieron pudo haber visto. Por mi parte, creo que sí era un jefe duro, un jefe exigente que imponía rígidas disciplinas; pero él era el primero que se las autoimponía. Era el primero en llegar a la oficina todos los días y tenía una enorme disciplina consigo mismo. Sin embargo, estimo que esa dureza exterior no era sino un manto cubridor de una profunda y enorme dulzura y suavidad humanas. Lo que sucedía era que esa enorme bondad del doctor Maldonado no era fácil descubrirla y él, quizá a veces en una actitud de autoprotección, aparentaba esa demostración exterior de dureza.

Era un hombre extremadamente talentoso; una de sus facetas intelectuales nos lo revelaba como un consumado políglota, pues dominaba con excelencia diversos idiomas. Tenía un profundo conocimien-

to del inglés, del francés, del italiano y, lo más difícil, del propio alemán.

En cierta ocasión, ante la sorpresa de quienes trabajábamos a su lado, realizó una traducción directa del alemán al castellano, dictándola en una hora y media, puesto que los encargados de esa empresa, después de varias horas de múltiples esfuerzos, sólo habíamos podido concretar una sexta parte de tal traducción, y la misma debía estar lista a las 14:00 horas de ese mismo día.

Quienes tuvimos el privilegio de contarnos entre sus alumnos o colaboradores, recordamos con veneración y con respeto sus múltiples y profundas enseñanzas, sus extraordinarias frases, sus agudas observaciones y, sobre todo, su ánimo y conducta permanente de maestro.

Don Adolfo Maldonado desarrolló muchas facetas en su vida; pero fue eminentemente un maestro, un hombre que disfrutaba al transmitir sus conocimientos y al modelar nuevas gentes.

Creo que formó un grupo muy selecto de juristas —del cual me quisiera considerar comprendido—; la mayoría de los mismos seguimos prestando nuestros servicios a muchas instituciones del sector público con una mística, con un espíritu que no dudamos en calificar como: "La escuela de trabajo del doctor Maldonado."

De entre sus enseñanzas, conviene resaltar las siguientes:

"Lo que se entiende sin decirlo, se entiende mejor diciéndolo"; esta frase recogida de alguno de sus maestros, la utilizaba sobre todo cuando teníamos que redactar documentos y había la necesidad de ser explícitos y claros en los conceptos. El maestro Maldonado, ante la observación de alguien que le expresaba: "Bueno maestro, es que eso se sobreentiende", siempre nos repetía con toda parsimonia la frase: "Lo que se entiende sin decirlo, se entiende mejor diciéndolo."

Otro de sus ejercicios favoritos y que recuerdo, consistía en clasificar los trabajos escritos o las intervenciones orales en cuatro grupos: "Cosas buenas buenas; buenas malas; malas buenas, y malas malas."

Al interrogarle al respecto, nos decía:

> Lo bueno bueno es lo corto y sustancioso, una cuestión buena buena es una cuestión breve y de un significado profundo; después vienen las degeneraciones; una cuestión buena mala es una cuestión breve, pero cuyo contenido no sirve; una cuestión mala buena es una cuestión larga con cierto contenido de interés y la mala mala es la cuestión extensa, cuyo contenido es deplorable.

II. Su obra

1. *Sociología*

En ella, de una manera muy sistemática y con enorme rigor, aborda las siguientes cuestiones:

a) La historia y la clasificación científica de la sociología.
b) La vida humana y sus características.
c) La personalidad humana y la serie de factores que la configuran.
d) La solidaridad histórica.
e) Las comunidades naturales.
f) El concepto de raza.
g) Las teorías evolucionistas.
h) La dinámica social.
i) La valoración como actitud humana.
j) La normatividad.
k) La filosofía y la sociología de la educación.[1]

2. *Derecho procesal civil*

En esta obra, el maestro Maldonado enfoca una serie de temas fundamentales:

a) El derecho procesal.
b) La legitimación procesal.
c) La legitimación *ad causam* o sustantiva.
d) La acción.
e) La providencia jurisdiccional.
f) La jurisdicción.
g) El proceso.[2]

3. *Fundamentos del proceso civil*

En esta pequeña gran obra, el doctor Maldonado trata, mediante fascinantes estampas y profundas reflexiones, las cuestiones relativas a los siguientes tópicos:

[1] Maldonado, Adolfo, *Sociología*, 4a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1968.
[2] Maldonado, Adolfo, *Derecho procesal civil*, México, Editorial Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, 1947, pp. 291-294.

a) Concepto y finalidad del proceso civil.
b) La función del órgano jurisdiccional.
c) Iniciación de la actividad procesal.
d) Contenido y efectos de las resoluciones del órgano jurisdiccional.
e) Disponibilidad, para el órgano jurisdiccional, de los elementos que habrán de ponerlo en situación de resolver.
f) Invariabilidad del conflicto para el órgano jurisdiccional.
g) Responsabilidades en el litigio.[3]

Esta obra, induce a equívocos por su extensión, pues tiene escasas 62 páginas; sin embargo, es un libro que debe considerarse como uno de los clásicos en la literatura procesal de nuestro país.

No es posible agotar —ni me atrevería a intentarlo— todo el magnífico contenido y su proyección dinámica; la profundidad doctrinal vertida en este grandioso libro por el doctor Adolfo Maldonado.

Por aquella época, precisada en el año de 1934, el acceso a las doctrinas alemana e italiana estaba reservado a pocos estudiosos del derecho, en gran medida porque la producción literaria alemana e italiana no se encontraba traducida al castellano. Entonces, sólo aquellos que se atrevían a conocerlas en las fuentes originales, podían hacerlo. Es el caso indudable, en gran parte, del maestro Maldonado.

Fue él, de los primeros en incursionar en la doctrina procesal, fundamentalmente la generada por el pensamiento de Francisco Carnelutti, sobre todo en lo relativo al concepto de litigio, o del conflicto, como preocupación primordial de la problemática del proceso.

El proceso, según el maestro Maldonado tiene una finalidad de composición de los litigios o de los conflictos entre los particulares. Él afirmaba que: "... no puede concebirse el proceso como un fin en sí mismo, sino sólo como el sistema regulador de las actividades del Tribunal y las Partes que han de hacer posible la providencia jurisdiccional."[4]

Según la naturaleza del conflicto —y eso lo vino a desarrollar con mayor rigor la ciencia procesal en los años subsecuentes—, será el tipo de proceso; de tal forma que, de acuerdo con las leyes sustantivas aplicables al momento de sentenciar, estaremos frente a un proceso civil, penal, administrativo, fiscal, etcétera.

[3] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, Guanajuato, Editorial Universidad de Guanajuato, 1985, p. 63.
[4] Maldonado, Adolfo, *Derecho procesal civil*, p. 231.

En el proceso civil —advierte el maestro— la composición del litigio puede ser espontánea, las propias partes pueden resolverlo mediante aquellas figuras que Carnelutti llamó autocompositivas.[5]

Si lo anterior no acontece, será necesaria, entonces, la intervención del Estado a través de la función jurisdiccional.[6]

Al final de esa actividad, estaremos frente a una resolución que, de acuerdo con el doctor Maldonado, tendrá las siguientes características:

a) Será obligatoria,
b) Indiscutible y
c) Definitiva.[7]

Lo anterior es necesario para alcanzar la cualidad de la certeza, que es, precisamente, la definitividad jurídica, pues, afirma el maestro: "... lo esencial, en las composiciones obligatorias de conflictos, (es) que pueda llegarse siempre a una resolución que, arreglada o no a derecho, justa o injusta, sea tenida como indiscutible, y, por consiguiente, como la verdad, la certeza jurídica."[8]

Obviamente, están involucrados aquí diversos aspectos que nos conducen a la problemática de la economía procesal y de la consecución de la verdad formal que se busca fijar a través de la sentencia.

Otra idea que se encuentra en el pensamiento del maestro Maldonado, es la que connota al proceso como un fenómeno dinámico, como una serie de momentos consecutivos, adelantándose por 20 ó 25 años a la expresión de doctrinas posteriores, fruto de la inquietud de otros ilustres mexicanos. Entre ellas, puedo mencionar la que el doctor Briseño Sierra da a conocer con la denominación de "Teoría de la acción, como una instancia proyectiva",[9] teoría que indudablemente se encuentra ya anunciada en la obra del doctor Maldonado en 1934, cuando él nos habla de la dinámica procesal y del proceso como una serie de vías, de actos y de momentos que poseen la característica de la irreversibilidad.[10]

[5] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, p. 13.
[6] *Ibidem.*
[7] *Idem*, pp. 14 y 15.
[8] *Idem*, p. 15.
[9] Briseño Sierra, Humberto, *Categorías institucionales del proceso*, Puebla, Ed. José M. Cájica Jr., S. A., 1956, pp. 138-151, y *Derecho procesal*, vol. III, Ed., Cárdenas, 1969, pp. 106-116.
[10] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, pp. 15 y 16.

Por ello en el proceso se avanza y no existe marcha atrás, sino que debe proseguir hasta llegar a la sentencia, de hecho, en muchas ocasiones termina porque las partes se desisten o porque llegan a una transacción; pero, en esos casos, estaremos frente a una problemática distinta.

Por otra parte, las obligaciones de los contendientes y del juez, señala el doctor Maldonado, se determinan por:

> ... la forma especial del proceso adoptado y por la naturaleza particular de cada cuestión, siendo, en general, las siguientes:
>
> I. El juez debe proveer y velar porque la serie de pasos dados en el proceso lo coloquen en condiciones de poder apreciar, con la justificación suficiente, los elementos de hecho y de derecho del problema que habrá de resolver;
>
> II. Las partes tienen obligación de aportar al juez, cada una, los elementos indispensables para precisar y justificar sus respectivas pretensiones.[11]

Enfatizó también, el doctor Maldonado, varios de los principios procesales, a saber:

a) El *principio del contradictorio,* a partir del cual define ya el carácter bilateral del instar procesal, o lo que posteriormente se ha denominado la teoría de la doble pertenencia de la acción. Lo anterior significa, en un sentido moderno, puramente procesal, que tanto acciona el actor como acciona el demandado. Las dos partes son accionantes, pues ambas se encuentran instando al órgano jurisdiccional para que, en el momento procesal adecuado, formule un pronunciamiento, que será, precisamente, la sentencia.

b) Principio de autonomía del juez.

c) Principio de independencia del juez.

Al enfocar el tratamiento de estos principios, penetramos, a la vez, en la trascendental problemática que tiene como centro a las cuestiones que se refieren a una plena, recta administración de justicia, problemática que posteriormente han abordado los procesalistas mexicanos.[12]

[11] *Idem,* pp. 16 y 17.

[12] Medina, Ignacio, "Implantación de la carrera judicial en México (Informe)", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núms. 37-38-39-40, t. X, enero-diciembre de 1960; Flores García, Fernando; "Implantación de la carrera judicial en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núms. 37-38-39-40, t. X, enero-diciembre de 1960; también "La carrera judicial", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 65, enero-marzo de 1967; Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso,* México, UNAM, 1983, pp. 195-201; Fix-Zamudio, Héctor, "La administración de justicia. Carrera judicial", en *Temas y problemas de la adminis-*

La siguiente idea que deseo destacar en relación con este análisis de la obra del maestro Maldonado, implica, y eso es muy importante, la aplicación de normas que son vigentes, generales y abstractas. Tales normas están destinadas para su aplicación a situaciones particulares y concretas.

La anterior idea presupone la existencia de toda una estructura lógica, y en esta estructura lógica, que no es otra cosa que el proceso, queda de manifiesto, mayormente en su segunda fase, la denominada de juicio, tal estructura lógica, pues en ella se observa —apunta el doctor Maldonado—, una premisa general o mayor que es precisamente la norma jurídica a aplicarse. Existe también una premisa menor, que resulta ser el caso concreto que pretende resolverse, y, finalmente, existe una conclusión, que es el sentido de la sentencia.

Toda sentencia implica necesariamente una declaración del derecho; eso significa que la actividad jurisdiccional para el maestro, es una actividad declarativa, diferenciándola así, por esta característica, del acto legislativo, que, por su parte, es creador e innovador.

El acto jurisdiccional es un acto de aplicación y constituye, a la vez, un acto de declaración del derecho, que se encuentra orientado hacia la búsqueda de la certeza y de la indiscutibilidad de las situaciones jurídicas.

Nos ofrece, a partir de ese momento, una clasificación de las sentencias, y nos precisa, también, los conceptos de juicio y de pretensión, fijándolos a partir de ciertos enfoques del derecho italiano (como después lo harán también otra serie de autores, entre los que mencionamos a De Pina y Castillo Larrañaga, Becerra Bautista, Pallares, etcétera, cuya producción es posterior al pensamiento del maestro Maldonado exteriorizado en 1934).

Precisa que hay sentencias de mera certeza o declaración, sentencias constitutivas y sentencias de condena.

Toda sentencia es declarativa, más no todas son constitutivas o de condena.

Toda sentencia es declarativa porque el acto mismo de aplicación de la norma general al caso concreto es un acto declarativo. Pero cuando esa declaración genera consecuencias que impliquen la mutación, el cambio en el campo del derecho —por ejemplo, creando nuevas

tración de justicia en México, México, UNAM, 1982, pp. 137-138; Gómez Lara, Cipriano, "Hacia una genuina carrera judicial", *Anales de jurisprudencia*, Vigésimo Aniversario del Palacio de Justicia, Edición Especial del T.S.J., octubre de 1984.

situaciones—, entonces estaremos en presencia de una sentencia constitutiva. Esto es lo que acontece en la sentencia de divorcio, en donde se crea una nueva situación. Finalmente, la sentencia de condena contiene una orden para que el destinatario de ella realice alguna de las formas de cumplimiento de las obligaciones, ya sea mediante un dar, un hacer o un no hacer.

La condena implica también una cuestión de vital importancia, misma que se condensa en toda la problemática que conocemos con el nombre de la ejecución procesal.

El maestro Maldonado, mediante una profunda y aguda observación, advierte que la ejecución de la sentencia no es, ni puede ser, una función esencial del juez jurisdiccional.

Pongamos algunos ejemplos de lo anterior: en materia patrimonial, en los juzgados de nuestro sistema, la ejecución, hasta sus últimas consecuencias, está depositada en la potestad del Poder Judicial. ¿Cuál es la razón que justifica a esta determinación? En "... algunos sistemas jurídicos los legisladores han considerado más conveniente que algunas de las etapas de la ejecución estén en manos del Poder Judicial y no en las de otros poderes, pero no porque esencialmente esa sea una labor judicial, procesal o jurisdiccional, sino porque así lo ha considerado conceniente el legislador ...".[13]

Señala el maestro lo anterior, apoyando su idea, precisamente, en la verdad incuestionable que se deriva de la observación en el sentido de que, tanto la jurisdicción como el proceso, se desenvolvieron y culminaron con la sentencia; por ello, "... la ejecución es algo metaprocesal, está más allá del proceso y después de él, es una consecuencia del mismo proceso pero no es ni procesal ni jurisdiccional en esencia".[14]

Apuntemos otro ejemplo: ¿Qué pasa en el derecho anglosajón en los Estados Unidos de Norteamérica?, ¿cuál es el papel de los jueces y de los tribunales en la ejecución civil?, ¿son ellos los que rematan, los que adjudican? Obviamente que no, tales actividades se encuentran encomendadas a otras autoridades, en este caso, autoridades administrativas, denominadas alguaciles, *sheriffes*. ¿Qué ocurre, por otra parte, en el proceso penal?, interviene el órgano jurisdiccional? Tampoco. El órgano jurisdiccional dicta la sentencia y corresponde posteriormente al órgano administrativo ejecutarla, ya mediante la reclusión del sentenciado en prisión por determinado número de meses o años, o

[13] Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, 2a. ed., México, Trillas, 1985, p. 160.

[14] *Ibidem*.

inclusive, privándolo de la existencia, en los dramáticos casos en los que tal sanción se ordene en la sentencia. Es claro que en estas ejecuciones no compete al órgano jurisdiccional la desagradable y deplorable ejecución, sino que le corresponde la misma al órgano ejecutivo.

De tales reflexiones parte la observación del doctor Maldonado de que la ejecución no es responsabilidad del órgano jurisdiccional, "...ya que, en puridad de su función, es ésta llenada completamente con la declaración mencionada, siendo cuestión de política legislativa que se encomiende al mismo órgano o a un órgano distinto la ejecución de la sentencia".[15]

Por lo anterior se comprende que en ocasiones exista una intervención judicial mayor y, en otras, una intervención judicial menor, dependiendo del sistema y de la materia que se debata.

Otra reflexión importante del maestro, es la que se refiere a la ordenación del procedimiento, del procedimiento procesal —es necesario recordar que existen procedimientos no procesales—; aquél es el que se encuentra inmerso en el proceso, eslabonado, sistemáticamente estructurado para los fines del proceso, de lo que se desprende que no posee, en realidad, naturaleza de jurisdicción, puesto que consiste en una mera tramitación que los jueces desarrollan en su curso.

Por otra parte, el maestro Maldonado advierte que el proceso es un instrumento protector de los bienes de la vida, y, adelantándose muchos años al pensamiento jurídico contemporáneo, señala en su obra que: "Todo bien de la vida protegido por el Derecho, lo está en beneficio de un determinado fin humano, de un individuo o de un grupo de individuos, determinados o no, que puede abarcar hasta la humanidad entera; ..."[16] Idea extraordinaria mediante la cual se está adelantando a lo que hoy llamamos las acciones de clase o grupo, o lo que el derecho anglosajón llama las *class actions* o las *relator actions*,[17] o sea acciones de un grupo social, por ejemplo, un grupo de indígenas, un grupo de vecinos, un grupo de consumidores, etcétera, son las acciones de grupo.

[15] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, p. 22.
[16] *Ibidem*, p. 25.
[17] *Cfr.*, Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, México, Harla, 1985, pp. 17 y 18.

Continúa precisándonos el maestro que:

> ... aun tratándose de una protección en favor de varios individuos determinados, tomados colectivamente, como sería imposible que todos concordemente procedieran en el cuidado y defensa del bien, o por lo menos muy difícil, y daría lugar a infinitas complicaciones en perjuicio de terceros y de la composición de los conflictos, se establece que una persona o un número limitado de personas determinadas sea quien tenga la autorización para proveer a la defensa y cuidado del bien, ya sea que la designación de esas personas la hagan los interesados o la fije la ley.
>
> De lo dicho se concluye que es preciso distinguir muy pulcramente la protección de un bien de la vida en favor de un individuo o de un grupo, y la autorización para proveer al cuidado y defensa de dicho bien.[18]

Las ideas anteriores se comprenden mejor con las afirmaciones que con respecto a este tópico nos entrega finalmente el maestro Maldonado: "... el único interés que importa precisar con toda pulcritud es el derivado de la autorización para proveer al cuidado y defensa de un bien de la vida, independientemente de quien sea su titular",[19] la denominada *legitimatio ad causam*.

Dos cuestiones sutiles, muy importantes —y que desgraciadamente no han sido bien recogidas y afinadas por nuestra doctrina—, aparecen a continuación en el profundo estudio del doctor Maldonado: advierte que una cuestión es la protección de un bien, misma que viene dada por el derecho sustantivo y otra cosa diferente es la autorización para proveer a su cuidado; esta segunda cuestión está dada por la norma procesal y de aquí deriva una distinción que desafortunadamente tenemos muy descuidada, no sólo los litigantes y los jueces, sino también los profesores: la distinción sutilísima entre los conceptos de fundamentación y de procedencia. La fundamentación se refiere a la aplicabilidad de las normas sustantivas al caso concreto, mientras que los aspectos de procedencia únicamente se refieren a la autorización para proveer al cuidado del derecho, a las meras cuestiones procesales.[20]

Una demanda o un recurso, por ejemplo, son procedentes si el trámite es viable y debe dársele curso. Por otra parte, el problema relativo a la determinación de que el recurso o la demanda sean fundados

[18] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, pp. 25 y 26.
[19] *Idem*, p. 28.
[20] *Idem*, pp. 25-28.

o infundados, será un problema de mérito, de instancia, de fundamentación.

En las sentencias que cotidianamente se dictan en nuestros tribunales, es lamentable práctica la que utiliza el calificativo de procedente para afirmar que la acción o la pretensión lo fueron, cuando en rigor lo que se quiere afirmar es que esa pretensión deducida en un proceso fue fundada.

Debe calificarse de procedente por el acto de haber sido admitida a trámite la demanda o el recurso; pero sólo de fundada si se acoge, si se estima la pretensión en la sentencia por lo que se refiere a su aspecto sustancial, y toda esta problemática ya la apuntaba el maestro, desde 1934, al señalar la distinción, la sutil división, entre la protección del bien, dada por la norma sustantiva, y la autorización para proveer a su cuidado, dada por la norma de tipo procesal.

Después, en el recorrido por su magnífica obra, llegamos al análisis que realiza el doctor Maldonado de la cuestión relativa a la preclusión de las impugnaciones; entendido este fenómeno de la preclusión como la pérdida de los derechos procesales por no ejercerlos en las oportunidades y tiempo que la ley señala para ello; lo que la ley procesal del Distrito Federal regula en su artículo 133: "Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el Derecho que, dentro de ellos, debió ejercitarse."

Afirma el maestro:

> La indiscutibilidad de la resolución final no se deriva de su contenido ni de que sea la declarativa de la cuestión controvertida, sino de que, de acuerdo con las disposiciones legales procesales, no sea ya susceptible de modificación, lo que ocurre cuando han precluído las impugnaciones. En este momento, se tiene la sentencia como verdad formal.[21]

Lo anterior se liga de inmediato con las ideas que a continuación expone el maestro, y que son las relativas a la definitividad de la sentencia.

En efecto, puntualiza nuestro autor que:

> La verdad formal de una sentencia tiene una importancia primordial en la teoría procesal, porque de ella se deriva la verdad material, consistente en que su contenido surta efectos fuera del

[21] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, p. 29.

> proceso, en las relaciones humanas, para que se realice en ellas la protección de la situación jurídica indubitable en la sentencia.
>
> Si pudiera una controversia discutirse y resolverse después de haber sido resuelta ya una vez definitivamente, no satisfaría el Estado su misión de componer coactivamente los conflictos, porque siempre habría la posibilidad de que estos renacieran indefinidamente. Es esta la razón por la que los contendientes deben estarse a lo resuelto en el juicio concluído.
>
> El contenido de la sentencia definitiva, inimpugnable, es lo que se entiende por verdad legal o cosa juzgada.[22]

Aborda después el problema relativo a los terceros ajenos y con ello hace énfasis en el principio de que la sentencia solamente puede perjudicar a aquellos que han litigado;[23] en este punto, vale recordar lo que acontecía en los contratos que se celebraban en la antigua Roma, mismos que se encontraban regidos por la regla de las *res inter alios acta;* en sentido similar, de la sentencia puede afirmarse que es *res inter alios iudicata,* es decir, la sentencia sólo puede afectar a las partes que litigan, salvo la excepción apuntada.

En relación con las figuras de la litispendencia y de la conexidad, apunta que la diferencia entre la primera y la cosa juzgada, es una cuestión meramente temporal. En la cosa juzgada estamos frente a una controversia que ya fue conocida y resuelta por sentencia definitiva; en la litispendencia, la controversia se encuentra en estudio, en fases previas a sentencia, en otro juicio que coincide temporalmente con aquel en el que se alega; en suma, el asunto se está juzgando al mismo tiempo en otro juicio.

La siguiente figura que acapara su atención es la conexidad.

Con respecto a esta misma, anota:

> Con lo anterior no quedan agotadas las posibilidades de resolución contradictoria: se presentan casos en que, habiendo identidad de un bien protegido, puede éste ser pretendido a la vez en su totalidad, por varias personas en contra de una misma o de distintas, como contendientes de las pretensoras, en su totalidad por unas y sólo en parte por otras o sólo en parte por todas, de manera que puedan deducirse premisas contradictorias, generales o particulares, que darán lugar a resoluciones antitéticas, imposibles de coexistencia jurídica.

[22] *Idem,* pp. 30 y 31.

[23] Con excepción de los casos que regula el artículo 422 del Código de Procedimientos Civiles para el D. F.

> Para evitar los absurdos a que esto daría lugar, se concluye que es preciso que, cuando la resolución de cada controversia requiera la comprobación, la constitución o la modificación de situaciones jurídicas que deriven, en todo o en parte del mismo hecho, de manera que éste deba necesariamente ser comprobado en todas ellas o, que dichas controversias exijan una resolución que produzca, en todo o en parte, el mismo efecto: ...deban estos acumularse, para pronunciar una resolución única en la que se decidan conjuntamente todas las controversias planteadas.[24]

Además del principio de la acumulación, puede observarse, paralelamente, la mención implícita de otro principio en las expresiones del maestro; precisamente el principio lógico, mediante el cual debe buscarse en el proceso, evitar el error y establecer la verdad.

Otras cuestiones que abordó el maestro en su obra, tienen que ver con las resoluciones; analiza, en principio, la problemática de las resoluciones como actos del tribunal, que van dándole equilibrio a las peticiones sucesivas de las partes dentro del proceso, y apunta que:

> Establecida la necesidad de irreversibilidad del proceso, cada estadio en que éste se encuentre, debe ser definitivo, en el sentido de que sea un paso necesario que, en unión de otros, encamine, sin retrocesos, a la resolución final. Cada resolución dentro del proceso no tiene más efecto que el de definir, consiguientemente, un punto de su desarrollo, que será tenido como defintivo e invariable para hacer posible la resolución final.[25]

> Las ideas anteriores tienen mucho que ver con la posición actual de Briseño Sierra, quien, como ya se apuntó, es el autor de la teoría que define al proceso como una instancia proyectiva, puesto que señala al referirse a este fenómeno, que su propiedad particular, consiste en su naturaleza dinámica de serie de actos que se proyectan a través de tres sujetos, formando grados sucesivos que progresan sin regresar a su origen.[26]

A esta proyectividad es a la que se refiere también Gómez Orbaneja,[27] cuando establece que el proceso consiste en actos de las partes y del órgano jurisdiccional, recíprocamente condicionados, de tal ma-

[24] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil,* pp. 32 y 33.
[25] *Idem,* p. 34.
[26] Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal fiscal,* México, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1975, pp. 297, 298 y 324.
[27] Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal civil,* Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, S. A., 1962, p. 2.

nera que cada uno de ellos depende del anterior y condiciona al siguiente.

A través de esa dinámica de actos va desarrollándose el proceso, y las resoluciones que se van dictando deben tenerse como: "...meras ordenadoras del procedimiento ...precluyendo un momento del proceso, que haga pasar al momento inmediato en el desarrollo, que precluido, a su vez, haga posible uno nuevo y, así sucesivamente, hasta agotar el último de la serie, que será la resolución definitiva."[28]

Se refiere también el maestro a las cuestiones denominadas incidentales, definiendo su naturaleza en los siguientes términos:

> Las resoluciones que no son definitivas, es decir, las que no ponen fin a un proceso, componiendo el conflicto, no garantizan ningún bien de la vida, ni pueden tener eficacia fuera del proceso.[29]

Sin embargo, prosigue diciendo que:

> ...surge aquí el problema de saber si tales resoluciones ... pueden o no tener eficacia en procesos distintos de aquellos en que fueron dictadas.
>
> Para resolver este problema, es preciso aclarar que reciben también el nombre de resoluciones incidentales las que ponen fin irregularmente a un proceso, componiendo el conflicto, como la que declara procedente el rescate del crédito litigioso, la que aprueba un convenio y otras análogas, todas las cuales surten los mismos efectos que la resolución definitiva de la cuestión y tienen eficacia en procesos futuros.[30]

Concluye el análisis de este tópico, afirmando:

> Igual eficacia tienen las resoluciones incidentales que no ponen fin al litigio, pero sí a una controversia dentro de él, relativa a bienes de la vida sobre los cuales deciden definitivamente, como las pronunciadas en incidentes sobre rendición de cuentas, liquidaciones, fijación de honorarios y otras semejantes; pues en estos casos, aún siendo incidentales, se trata de una controversia autónoma, cuya resolución es independiente de la del negocio

[28] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, p. 34.
[29] *Idem*, p. 33.
[30] *Ibidem*.

> principal, en que surgió y vale, por lo mismo, tal resolución, fuera del proceso.[31]

Siguiendo el curso de su exposición, pasa el doctor Maldonado a referirse a lo que él denomina la disponibilidad para el órgano jurisdiccional, de los elementos que habrán de ponerlo en situación de resolver.

Advierte el autor que estos elementos pueden ser de dos tipos: los que las partes han traído espontáneamente al proceso (documentos que han aportado, testigos que han convocado, declaraciones que pidieron a la contraparte, inspecciones cuya realización solicitaron, etcétera), otros elementos son propiciados por el tribunal.

> Dentro de la categoría de elementos cuya carga de aportación al proceso corresponde al órgano jurisdiccional, en lugar principalísimo se cuentan todos los que tienen por finalidad dar indiscutibilidad a lo actuado, de manera que sea obligatorio para los contendientes, quienes no podrán evitar sus consecuencias.[32]

Al precisar las ideas anteriores, resalta de inmediato una cuestión con la cual debe tenerse mucho cuidado, esa cuestión se refiere precisamente al equilibrio que debe existir entre los elementos aportados por las partes y los que se allega el tribunal, ya que tal cuestión tiene un profundo contenido ideológico.

En los sistemas orientados hacia una tendencia publicista del proceso, los poderes del tribunal para allegarse elementos son mucho mayores que en aquellos sistemas donde la tendencia está orientada hacia un proceso liberal; dispositivo tipo siglo XIX, puesto que en éste, el juez es un mero espectador pasivo de la contienda que permite que las partes actúen conforme a sus propias características: habilidad, destreza, diligencia, en una parte; ignorancia, negligencia, en la otra, en muchos casos.

Este proceso dispositivo, cada vez más, va quedando en el pasado, como una orientación que debe superarse.

Al respecto, resulta interesante hacer alusión a las reformas que en materia de amparo fueron publicadas el 20 de mayo de 1986 en el *Diario Oficial* de la Federación, puesto que tales reformas introducen, entre otras cuestiones, la denominada suplencia de la queja en todas las materias, conforme a los criterios que se contienen en el artículo

[31] *Idem*, pp. 33 y 34.
[32] *Idem*, p. 44.

76 bis de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El doctor Maldonado, en esta obra de 1934, comienza a hablar de las cargas, y, así, se refiere a la carga de la afirmación, a la carga de la contestación, a la carga de la prueba, etcétera, manejando con nitidez todas estas cuestiones que, conviene recordarlo, constituyen conceptos derivados de la escuela o teoría del proceso como situación jurídica, del autor alemán James Goldschmidt.[33]

Seguidamente, hace énfasis en otras ideas de las cargas y señala que la mayor parte de las conductas procesales de las partes no responden a una obligación, sino a un concepto de carga, o sea a una conducta que debe desarrollarse, puesto que de no hacerlo así sobrevendrán consecuencias perjuidiciales al omiso.[34]

Al mismo tiempo, establece con toda claridad la vinculación que existe o debe existir entre las conductas de las partes y las del órgano jurisdiccional —fundamentalmente la de resolver—, y así afirma:

> Cuáles son, determinantemente, las obligaciones, en cada momento del órgano jurisdiccional, de los litigantes, de los auxiliares, en la investigación; cuáles las consecuencias de sus actos y omisiones, es cuestión contingente, que varía en cada tipo de proceso, y aun en cada cuestión controvertida; pero, lo esencial, es que el Juzgador se encuentre, en un momento del desarrollo procesal, en condiciones de poder, sin ambigüedad, establecer con toda precisión, la premisa particular que habrá de subsumir dentro de la general del ordenamiento jurídico aplicable, para resolver el conflicto que haya dado lugar a su intervención.[35]

Todas las cuestiones relativas a las cargas y a las que se refieren su correcto desahogo, tienen una relación estrecha con aquella que alude a la firmeza del procedimiento, a la indiscutibilidad de todo lo actuado.[36]

Avanzando por la senda de la naturaleza más profunda de la función jurisdiccional, como función soberana, llega el maestro al tratamiento de los medios de apremio, que son, precisamente, una de las manifestaciones de la potestad soberana del órgano jurisdiccional, de la posibilidad que tiene para hacer cumplir por sí mismo sus determi-

[33] Gómez Larra, Cipriano, *Teoría general del proceso*, pp. 240-242.
[34] Maldonado, Adolfo, *Fundamentos del proceso civil*, pp. 39 y 40.
[35] *Idem*, p. 48.
[36] *Idem*, p. 29.

naciones, para que: "...el bien de la vida que éste protege se vuelva indiscutible entre los contendientes y les sea respetado por los extraños, en tanto no trascienda de aquéllos; pudiendo, en caso necesario, proveerse el medio de coacción adecuado para garantizar coactivamente el contenido material de la setencia." [37]

Finalmente, concluye su valiosa obra, haciendo referencia a las responsabilidades en el litigio, especialmente aquellas de contenido económico, estableciendo que:

> ...el hecho de que antes de la resolución ministre alguna parte el importe de determinadas indemnizaciones, no significa que éstas definitivamente sean a cargo suyo, pues, sentado que la responsabilidad del conflicto corresponde al que, en cualquier forma, se haya salido de los límites de actuación establecidos por la ley para el goce de un bien de la vida, la carga de la indemnización definitivamente corresponderá al que haya sido declarado responsable en la sentencia, esto es, al que no haya obtenido resolución favorable para sus pretensiones, el cual estará, consiguientemente, obligado a resarcir a su contraparte lo que ésta haya cubierto provisionalmente.
>
> Todo gasto procesal se justifica entre tanto lo que lo haya motivado sea necesario y apto para hacer posible la resolución definitiva de la cuestión, de tal manera que todo lo que de superfluo, inútil o inepto se verifique, significa un gasto de energía innecesario, que pudo evitarse perfectamente, sin lesionar en nada el buen funcionamiento del órgano jurisdiccional. La responsabilidad de la indemnización por actos de esta naturaleza, corresponde al que dio lugar a su ejecución, independientemente de que gane o pierda el pleito, pues ninguna parte, con su actitud, puede agravar, dentro del proceso, la situación de la contraria, y, consiguientemente, al resolver definitivamente la cuestión, debe tenerse especialmente en consideración esta clase de actos, para resolver, respecto de ellos, particularmente, a quien corresponda la carga de la indemnización.[38]

Éstos son, a mi juicio, los pensamientos más importantes que dan cuerpo a esta extraordinaria obra que merece ser estudiada a fondo, reconsiderada, proyectada y divulgada hacia los ámbitos académico, legislativo y judicial (especialmente jurisprudencial), pues esta obra,

[37] *Idem*, pp. 49 y 50.
[38] *Idem*, pp. 61 y 62.

como su denominación lo indica, detalla con claridad y visión, los fundamentos que deben servir de guía a todo proceso civil; es nuestra primera obra escrita por un mexicano dentro de la corriente del procesalismo científico, y en ella, como escribe en su prólogo la brillante y sapientísima pluma de don José Hernández Delgado, el maestro Maldonado "...acomete la ardua, cuanto ambiciosa tarea de condensar, en unas cuantas páginas, los principios fundamentales del proceso civil".[39]

En efecto, tal empresa tuvo como problemas a salvar algunos muy serios, como fueron: las divergencias doctrinales, la falta de articulación del sistema, su amplitud o vastedad y los límites naturales de espacio y tiempo; sin embargo, el maestro, con gran originalidad, pero basado en las doctrinas científicas vigentes en su tiempo, desarrolló esta obra, en la que don José Hernández Delgado reconoce de su autor los siguientes atributos: "...el desarrollo estrictamente lógico de su ensayo, la diafanidad en el estilo, el conocimiento que revela de la técnica jurídica y la concepción unitaria del proceso civil." [40]

Vidas como las del doctor Adolfo Maldonado, varón verdaderamente ejemplar, constituyen evidencia palpable de nuestro valor cultural e histórico como nación; afirmar que Adolfo Maldonado es mexicano, es timbre de legítimo orgullo para quienes tuvimos la fortuna de conocerle y, fundamentalmente, para México.

[39] *Idem*, p. 5.
[40] *Idem*, p. 6.

LA JURISPRUDENCIA COMO SENTENCIA JUDICIAL *

Enrique GUADARRAMA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Precisión terminológica.* III. *La sentencia.* IV. *Regulación legal de la jurisprudencia.* 1. *Delimitación de su estudio.* 2. *Fundamento constitucional y legal.* 3. *Supremacía judicial de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito.* 4. *Órganos jurisdiccionales involucrados.* 5. *Requisitos de reiteración, no interrupción y votación.* 6. *Otros aspectos de la jurisprudencia en la Ley de Amparo.* V. *El precedente.* 1. *Actitud del juez ante el precedente.* 2. *El precedente en el sistema jurídico mexicano.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de un tema tan apasionante y poco explorado, como lo es el de la jurisprudencia, entendida ésta en el campo de la práctica judicial (conjunto de decisiones de los tribunales), y no en el ámbito de la filosofía jurídica (ciencia del derecho), se puede efectuar a partir de las siguientes concepciones: como fuente de derecho, como sentencia judicial o como la interpretación judicial de la norma jurídica.

El análisis de cualquiera de las anteriores concepciones sirve para responder correctamente a la interrogante: ¿qué es jurisprudencia? Por ello considero a dichas concepciones como básicas para la comprensión de la jurisprudencia.

En el presente opúsculo desarrollo el estudio de la jurisprudencia como sentencia judicial, es decir, el resultado de la actuación del juez al dirimir el litigio ante él planteado. Refiero brevemente a la sentencia en general y centro el *quid* del trabajo al examen de la regulación legal, tanto en la constitución como en la Ley de Amparo, de las sentencias dictadas por los jueces de los tribunales de mayor jerarquía del país, sentencias a las que de manera exclusiva la ley (después de cumplir una serie de requisitos), la doctrina, y aun los propios jueces, le reconocen el carácter de jurisprudencia; menciono que sólo a tales sentencias se les considera jurisprudencia, debido a que aquellas otras

* A manera de respetuoso homenaje al maestro y distinguido jurista doctor Héctor Fix-Zamudio.

que no son pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia o por los tribunales colegiados de circuito, son irrelevantes para efectos de la jurisprudencia, según se colige de las disposiciones legales correspondientes (y por ende, no tienen el carácter de jurisprudencia).

Importante papel juega en la actualidad el precedente, al que no obstante el desdén legislativo para su regulación, la práctica judicial tiende a ubicarlo en un sitio preponderante; al precedente dedico la parte final del trabajo.

II. Precisión terminológica

La sentencia es el vehículo en que se plasma el quehacer del juez mediante la interpretación de las normas jurídicas existentes y la creación de otras nuevas.

Es frecuente el empleo indistinto que se hace de los vocablos "sentencia", "ejecutoria", "resolución judicial", "decisión judicial", para significar el pronunciamiento del juez al resolver el conflicto ante él formulado. No voy a desarrollar en detalle las diferencias doctrinales y legales, sólo diré que emplearé el término sentencia para indicar que: "es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso."[1] En cambio, las resoluciones o decisiones judiciales como género de las sentencias (ex artículo 79 del Código de Procedimientos Civiles —CPC—), "son los pronunciamientos de los jueces y tribunales a través de los cuales acuerdan determinaciones de trámite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución del fondo del conflicto",[2] e incluyen los llamados decretos judiciales, los autos y las sentencias en sus distintas manifestaciones.

Es conveniente tratar de restringir el uso de la expresión "sentencia" al referirla a la jurisprudencia como fuente de derecho, y no la de resolución o decisión judicial, que si bien no es incorrecta, porque aquella es una especie de ésta, resulta inapropiado hacerlo dado que la generalidad de las resoluciones impide conocer cuál es el tipo específico de que se trata.

Por último, "ejecutoria es la cualidad que se atribuye a las sentencias que, por no ser susceptibles de ulteriores impugnaciones o discusiones, han adquirido la autoridad de la cosa juzgada... sentencia ejecutoria

[1] Fix-Zamudio, Héctor, "Sentencia", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, t. VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p. 105.

[2] Fix-Zamudio, Héctor, "Resoluciones judiciales", *op. cit.*, p.41.

es lo mismo que sentencia firme".[3] Esa calidad es la exigida por la Ley de Amparo (artículos 192 a 197) para aquellas sentencias que potencialmente pueden constituir la "jurisprudencia obligatoria", sólo que la expresión "sentencia ejecutoria" se ha llegado a cambiar por el de "ejecutoria".[4]

III. La sentencia

No es mi intención entrar en detalles doctrinales, sobre su naturaleza, sus características, o sus diferentes tipos; por el contrario, y de acuerdo con la finalidad del trabajo, haré somera mención del procedimiento formal de la sentencia; es decir, la secuela o las fases que necesariamente tiene que cubrir el litigio antes de ser resuelto, que es lo que confiere a la jurisprudencia el carácter de fuente formal de derecho, y no aquel otro establecido en la Ley de Amparo para la "jurisprudencia obligatoria".

Las fases de los distintos procedimientos jurisdiccionales (civil, administrativo, mercantil, fiscal, constitucional, penal, laboral y demás) están envueltos en una serie de aderezos jurídicos, en forma de reglas sobre competencia, términos, notificaciones, recursos, actuaciones y resoluciones judiciales, etcétera.

La sentencia debe contener la decisión sobre los puntos litigiosos objeto del debate,[5] el apoyo jurídico normativo en los puntos resolutivos del juez,[6] así como los datos de identificación del asunto (el lugar, fecha y juez o tribunal que la pronuncie, los nombres de las partes contendientes, el carácter con que litiguen y el objeto del pleito —artículo 86, CPC—).

No existe una regulación legislativa que establezca un formato especial o indique el empleo de expresiones concretas para producir la sentencia; es válida una sentencia por el simple hecho de con-

[3] Ovalle Favela, José, "Ejecutoria", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, t. IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p. 27.

[4] *Idem*, p. 28.

[5] El artículo 81 del CPC textualmente dice: "Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado; y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos."

[6] Los distintos artículos (entre otros el 82 del CPC y 77 de la Ley de Amparo) establecen que, como fundamento, se invoquen preceptos legales, lo cual no es equivocado en estricto sentido, pero sí incompleto, por no hablar de las normas jurídicas; en tal virtud, opto por hablar de un apoyo jurídico normativo.

tener los datos arriba señalados. Sin embargo, se ha tornado en práctica para todos los jueces que sus sentencias cumplan con un orden especial: la *primera*, es el encabezado, o "exordio" en que se precisan los datos de identificación del asunto en cuestión, como son: la fecha de la resolución, su número de referencia, los nombres de los contendientes.

La *segunda* y *tercera* caracterizan su inicio por el empleo del gerundio "resultando" y "considerando", respectivamente. Los resultandos, gerundio causal ("porque resulta"),[7] contienen una exposición sucinta del desarrollo del juicio; es decir, de las fechas de actuación judicial y de las promociones de las partes, así como su respectivo desenlace. Los considerandos, gerundio condicional ("si se considera"),[8] reflejan el criterio y posición jurídica del juez frente al litigio; es la parte medular de la sentencia, ya que en ella el juez pone en juego sus conocimientos técnicos, su experiencia y sensibilidad para plasmar con claridad, precisión y novedad el orden jurídico. Sirve de guía para quienes buscan la tarea jurídica del juez.[9]

La *cuarta parte* se conoce como "puntos resolutivos", por enmarcar, fundada en normas jurídicas, la resolución impositiva del juez de una conducta obligatoria a seguir para las partes; es la culminación de la génesis de la norma jurídica.

Discusiones doctrinales y jurisdiccionales ha provocado el formato de la sentencia. Se dice, verbigracia, que en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, es erróneo el empleo gramatical del término "lo resuelto" [10] y que no se deben confundir los razonamientos jurídicos del juez, con sus conclusiones. Esta observación se ha hecho al proceso de integración de la jurisprudencia obligatoria; bien puede suceder que cinco ejecutorias concuerden en "lo resuelto" en cada caso a que pertenezcan y que, sin embargo, difieran en las consideraciones,

[7] Ruiz Torres, Humberto y José Luis Soberanes, *Lineamientos prácticos para presentación de originales (en materia de investigación jurídica)*, México, UNAM, 1982, p. 50.

[8] *Ibidem.*

[9] Hay autores como Nicolo Lipari que critican "la actitud de los juzgadores de incluir en la sentencia, estudios doctrinales, olvidándose muchas veces del 'hecho' del litigio... ; la práctica debe cambiar y seguir el camino que resulta más fácil al ponente de ser conciso, que es un deber sancionado por la Ley, que es también un deber de precisión y claridad de lenguaje y de prontitud en las decisiones". *Derecho privado, un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, Italia, Studia Albernotiana XXXVIII, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980, p. 726.

[10] Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 17a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 824.

razonamientos e interpretaciones jurídicas. Los artículos antes citados aluden a una coincidencia entre "cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario", sin especificar que "éstas deben corresponder a casos o asuntos análogos, cuando menos en algún punto de derecho...".[11]

Pienso que más relevante que el extracto[12] o sumario de la sentencia o ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia o tribunales colegiados de circuito, lo es su parte considerativa, y, en suma, la totalidad de la sentencia.

Corrobora nuestra idea de que es la sentencia en toda su extensión la que debe ser objeto de análisis, la siguiente tesis jurisprudencial de la tercera sala de la Suprema Corte de Justicia:

> En términos generales, la parte resolutiva de la sentencia, por sí misma, es la que puede perjudicar a los litigantes, y no la parte considerativa, pero este principio debe entenderse unido al de congruencia, según el cual los considerandos rigen a los resolutivos y sirven para interpretarlos. Consecuentemente, los argumentos de la sentencia, por sí mismos, no causan agravio a los interesados, cuando se demuestra que no han conducido a la resolución ilegal.[13]

Hay otro asunto similar que considero importante transcribir:

> Una sentencia no es sino una relación lógica de antecedentes dados para llegar a una conclusión que resuelve la controversia sometida al juzgador; por lo mismo, la sentencia la constituyen tanto la conclusión lógica de sus antecedentes, como las proposiciones que fijan el sentido de tal relación... pues no puede tenerse por sentencia una parte de la misma, como es la resolutiva,

[11] *Ibidem.*

[12] Calamandrei afirma: "el mal consiste en que el extracto de la sentencia empieza a vivir por su cuenta, se difunde en los repertorios, se consolida: y entonces resulta que llega un momento en que se impone, por la tiránica fuerza de la inercia, a otros jueces que al encontrarla formulada en términos generales quedan aprisionados como en un engranaje y se sienten impulsados a aplicarla incluso a casos que, aun encajando formalmente en el mismo esquema típico, no se fundan, sin embargo, en aquellas razones de equidad individual, en las que, por vez primera, aquel extracto de sentencia encontró su razón de ser." Cit. por Lipari, Nicolo, *op. cit.*, p. 735.

[13] *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* 1917-1975, 4a. parte, tesis 348, p. 1048.

> sin la relación de los hechos que aparezcan en el proceso y los fundamentos legales de la resolución.[14]

Es decir, la sentencia "constituye una unidad y los razonamientos contenidos en los considerandos implican elementos fundamentales para determinar el alcance preciso de la decisión".[15]

La simple lectura e interpretación de la sentencia ponen de manifiesto las particularidades del caso en cuestión,[16] con la delimitación de los derechos y obligaciones para las partes[17] y la acción de transportar una norma rígida e inflexible al drama y avatares de las vivencias humanas (actualizando y renovando su contenido y reforzando y ratificando el mismo).[18]

Álvaro D'ors[19] destaca el carácter de norma que posee una sentencia judicial, en un triple sentido:

1) *Como norma particular.* Lo es para las partes afectadas por el fallo, que tiene el carácter y fuerza de cosa juzgada.

[14] *Semanario Judicial de la Federación,* 5a. época, t. LXX, p. 3763, Estrada Loyo Salvador.

[15] *Semanario Judicial de la Federación,* 5a. época, t. CXXVIII, p. 339, amparo directo 3281/55, Herlinda de la Garza, mayoría de 4 votos. Con esta resolución ya no es aplicable un antiquísimo criterio de la Corte de que sólo se podían tomar en consideración para efectos jurisprudenciales los puntos resolutivos y no los razonamientos en virtud de los cuales se resuelve, y que dejaba ver la influencia y se aceptaba el punto de vista del francés G. Baudry Lacantinerie en su "Traité de Droit Civil", *Semanario Judicial de la Federación,* 5a. época, t. XXVI, pp. 1874 y siguientes. A. C. "The New England Fuel Oil Co.", S. A., 1º de agosto de 1929, unanimidad de 5 votos.

[16] Lipari, Nicolo, *op. cit.,* p. 721.

[17] Salvador Pugliatti niega a la sentencia su carácter productor de derechos, sean objetivos o subjetivos, "porque declara y afirma solamente el derecho preexistente. La sentencia, en efecto, por su función propia, no atribuye, no crea derechos subjetivos, sino sólo los declara" *Introducción al estudio del derecho* (traducción de Alberto Vázquez del Mercado, 2a. ed., México, Porrúa, 1943, p. 60.

[18] Dice José Roberto Dromi que: "los supuestos abstractamente determinados que enlaza la norma general, tienen que ser particularizados por una decisión judicial para quedar en contacto con la vida social", "la jurisprudencia como fuente y conocimiento del derecho"; *Jurisprudencia argentina,* Buenos Aires, t. II, núm. 3028, año XXX, 29 de marzo de 1968, p. 30. Se supera un anquilosado pensamiento: "el juez no tiene más facultad que la de aplicar las leyes existentes, no de modificarlas, aunque aparezcan anticuadas o inadecuadas a la regulación de una determinada relación y mucho menos de crearlas"; Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil. Introducción y parte general,* vol. I (traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro), Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros; vol. CXXIX, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1915, p. 79.

[19] Cit. por Flores García, "Las fuentes del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* México, XXII, núms. 87-88, julio-diciembre de 1972, p. 503.

2) *Como norma profesional,* por cuanto cada sentencia constituye un precedente, que tendrá una influencia más o menos intensa sobre las futuras sentencias de aquel juez o de otros jueces.

3) *Como norma pública,* ya que aquella muestra de conducta judicial será tenida en cuenta por todos los que tengan que intervenir en un caso análogo.

En cambio, Alfonso Noriega no olvida la dificultad que se tiene al examinar una sentencia. El examen y su implícita dificultad la circunscribe a dos puntos de vista: como obra literaria y como acto jurídico.[20] En términos generales, las sentencias carecen de un estilo jurídico que trae como resultado el ser "confusas, atropelladas en su forma y, aún más, carecen de un resumen cuidadoso y claro de los hechos que se están debatiendo... son decepcionantes".[21]

Respecto del segundo punto de vista, como acto jurídico, Noriega sostiene que conduce al estudio integral de la sentencia (tal como lo anotábamos líneas arriba), puesto que si se prescindiera del análisis y estimación de algunos de sus elementos sería tanto como "amputarle a la sentencia partes sustanciales".[22]

IV. Regulación de la jurisprudencia

1. *Delimitación de su estudio*

Parecería que mi interés se centra en el ámbito legislativo de las fases previas y necesarias a la sentencia, en función de que es el procedimiento jurisdiccional al que considero como "formal" en la jurisprudencia como fuente de derecho.

Sin embargo, dos son las razones principales que me orillan a cambiar el enfoque legal de la jurisprudencia.

A) La variedad de procedimientos jurisdiccionales, que si bien tienen coincidencia final en la sentencia, difieren en el aspecto del desarrollo procedimental. Esta circunstancia conduce a un estudio de tipo procesal, que no es el objetivo del presente estudio.

B) La existencia de una regulación legal específica para la llamada jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, contenida en el capítulo único, del título cuarto, libro primero de la Ley de Amparo.

[20] *Lecciones de amparo,* 2a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 1002.
[21] *Ibidem.*
[22] *Idem,* p. 1003.

Si el tema central de estudio es la jurisprudencia, es innegable el compromiso académico de revisar lo que el legislador y buena parte de la doctrina conciben como tal.

La expresión "jurisprudencia obligatoria" contenida en los dos principales ordenamientos legales reguladores de este procedimiento, la Constitución federal y la Ley de Amparo, precisa una reflexión.

Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito son jurisprudencia, y llevan explícita su obligatoriedad, al igual que la contienen las sentencias del resto de los tribunales. Lo que debe entenderse con el término "obligatoria" es el grado jerárquicamente superior que poseen las ejecutorias de los máximos tribunales del país, para servir como guías o instrumentos de consulta necesaria para los demás juzgadores; pero sin que ello provoque el menosprecio del resto de las sentencias judiciales.

2. *Fundamento constitucional y legal*

La función del Poder Judicial encuentra delimitado constitucionalmente su ámbito de actuación en el capítulo IV del título tercero de la carta magna.

En ese capítulo se especifica (artículo 94, párrafo IV) que el objeto de la actividad jurisprudencial es la ley, formal y materialmente considerada. Es preferible entenderlo como si se refiriera a la norma jurídica; el precepto dice así:

> La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

El párrafo transcrito que proviene del original texto de la Constitución de 1917, data del 25 de diciembre de 1967. Anterior a esa fecha, pero a partir del 19 de febrero de 1951, el párrafo de referencia formaba parte del artículo 107 constitucional.

La Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, en el capítulo único dedicado a la jurisprudencia (artículos 192 a 197), establece las reglas de reiteración, no interrupción y votación que se exigen para su integración. Asimismo, contiene las reglas de interrupción y modificación; el procedimiento para resolver y decidir cuál de las tesis debe prevalecer, en el supuesto de que haya

contradicción de las mismas (sea entre las salas de la Corte, o entre los tribunales colegiados de circuito); la forma en que habrá de invocarse la jurisprudencia en los juicios de amparo, y, por último, el criterio a seguir para que se publiquen en el *Semanario Judicial de la Federación* las ejecutorias y los votos particulares de los ministros. El capítulo regulador de la jurisprudencia tampoco ha permanecido incólume a las reformas y cambios legales.

Al volver los ojos a la evolución legislativa de la jurisprudencia, sobresalen dos notas peculiares:

1º Anterior a la Constitución de 1917, ningún texto legal contenía una referencia expresa al vocablo "jurisprudencia", y mucho menos a un procedimiento generador de ejecutorias de mayor rango que el resto de las sentencias. En este punto, hay que destacar como balbuceo legislativo, lo que constituye el primer antecedente histórico de la jurisprudencia obligatoria,[23] el consignado en la Ley de Amparo de 14 de diciembre de 1882, cuyos artículos 47 y 70 estatuían respectivamente que: "Los Tribunales para fijar el derecho público, tienen como regla suprema de conducta la Constitución Federal, las ejecutorias que las interpretan, las leyes emanadas de ella y los tratados...", y que "la concesión o negación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con pérdida de empleo...".

La primera Ley de Amparo de vigencia ulterior a la Constitución de 1917, de fecha 18 de octubre de 1919, utiliza por vez primera la expresión "jurisprudencia de la Suprema Corte" e indica reglas de reiteración, no interrupción, votación, obligatoriedad, objeto y de invocación en el juicio.[24]

[23] Guerrero Lara, Ezequiel, "Jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, México, núm. 24, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, mayo-agosto de 1978, pp. 369-370.

[24] Los artículos 147 a 150 disponían: Art. 147. "La jurisprudencia que se establezca por la Suprema Corte de Justicia en sus ejecutorias de amparo y de súplica, sólo podrán referirse a las Constitución y demás leyes federales: art. 148. Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, votadas por siete o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra contraria; art. 149. La jurisprudencia de la Corte en los juicios de amparo y en los que se susciten sobre aplicación de leyes federales o tratados celebrados con las potencias extranjeras, es obligatoria para los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y Tribunales de los Estados, Distrito Federal y territorios. La misma Suprema Corte respetará sus propias ejecutorias...; art. 150. Cuando las partes en el juicio de amparo o en el recurso de súplica invoquen la jurisprudencia

2º En el periodo comprendido entre la fecha de aparición de la Ley de Amparo de 1919 y la adición constitucional al artículo 107 en 1951, por no contarse con el respaldo expreso de la Constitución en cuanto al término "jurisprudencia", se presentaron discrepancias doctrinales y jurisdiccionales en torno a una supuesta "inconstitucionalidad de la jurisprudencia".[25]

El asunto, en extremo delicado, pudo plantearse de manera distinta, es decir, que la estigma de inconstitucional no recayera sobre la jurisprudencia, sino sobre el procedimiento por medio del cual ciertas ejecutorias se entronizaban como guías de consulta obligatoria para todos los tribunales; de otra manera se estaría en presencia de un desconocimiento jurídico alarmante y peligroso, porque sería tanto como afirmar que es la propia tarea jurisdiccional la inconstitucional. Ya señalé la existencia de un capítulo especial en la Constitución dedicado al Poder Judicial, además de que, fuera de ese capítulo, hay varios preceptos que delimitan la actividad del juzgador, entre otros, el 5º, 6º, 7º, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 49 y 133.

3. *Supremacía Judicial de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito*

Sustituyo con este encabezamiento la poco afortunada expresión "jurisprudencia obligatoria" por pecar ésta de tautología e imprecisión. Veamos.

Toda sentencia judicial trae aparejada su necesaria ejecución; es característica esencial de la función jurisdiccional dirimir los conflictos obligando a las partes al acatamiento de lo resuelto. La jurisprudencia

de la Corte, lo harán por escrito, expresando el sentido de aquélla y designando con precisión las ejecutorias que la hayan formado."

[25] Es ilustrativa la resolución de Enrique Colunga, magistrado del tribunal del primer circuito: "El artículo 194 de la Ley de Amparo que hace obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte para todos los tribunales, está en pugna con los artículos 49, 50, 73, 94 y 104, así como el artículo 14 de la Constitución. La función del poder judicial es la aplicación de las leyes en los casos concretos sometidos a su conocimiento por medio de una sentencia, pero si un juez planteara en abstracto la regla a la cual quedarían sometidos en el porvenir todos los casos iguales, no pronunciaría una sentencia, sino expediría una ley. De la misma manera, la ley que ordena que todos los casos futuros se decidan conforme a lo resuelto en cinco ejecutorias anteriores, concede fuerza de ley a resoluciones que no emanan del poder autorizado para dictar las leyes, permitiendo así una invasión del poder judicial en el legislativo, contrariamente a lo dispuesto por los textos constitucionales antes citados." *Anales de jurisprudencia*, t. XIX, año V, núm. 6, diciembre de 1937.

se halla en toda sentencia judicial; no hay excepción o exclusión alguna, y por lo mismo no es posible hablar de jurisprudencia obligatoria y no obligatoria.

Lo que se pretende resaltar en la Constitución y en la Ley de Amparo, es la existencia de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito (que han cumplido una serie de requisitos) de obligada consideración para todos los tribunales.

Hay supremacía judicial de estas ejecutorias, por cuanto que son dictadas por los máximos tribunales colegiados del país, contra las que no opera recurso alguno y porque hipotéticamente son objeto de un análisis jurídico consciente, meditado y profundo por parte de los juzgadores llamados ministros o magistrados. Esta supremacía judicial no debe derivar en una sumisión o pleitesía absoluta de los demás tribunales, sino servir de guía, de obligada consulta, a la que es posible ajustarse cuando las condiciones jurídicas y prácticas del asunto lo permitan. Si se pretendiera una imposición extrema de un criterio judicial, se correría el riesgo de "cercenar"[26] la facultad primordial de todo juez de analizar, estudiar e interpretar la norma jurídica que va a aplicar.

En realidad, la regulación de la Ley de Amparo muestra la idea doctrinal de jurisprudencia que tuvo el legislador, de ser el "criterio" constante y uniforme, con apego al cual se aplica el derecho en las sentencias de los jueces.[27]

Dice García Máynez[28] que en la Ley de Amparo la palabra jurisprudencia se usa en un sentido más restringido, ya que sólo se aplica a las tesis (ejecutorias) que reúnen los requisitos ahí señalados.

4. *Órganos jurisdiccionales involucrados*

Los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo señalan la posibilidad exclusiva que tienen las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito de alcanzar la supremacía judicial. El señalamiento es limitativo a esos dos tribunales, no sería legítimo incluir a cualquier otro tribunal.

En la actualidad, la Suprema Corte de Justicia se compone de cua-

[26] Dana Montaño, Salvador M., "Los principios generales del derecho y la prelación de las normas jurídicas (los límites a la potestad judicial de interpretar el derecho)" *Ley*, Buenos Aires, 21 de octubre de 1958, p. 4.

[27] Hernández, Octavio A., *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 360.

[28] *Introducción al estudio del derecho*, 29a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 69.

tro salas numerarias y una supernumeraria o auxiliar, integradas cada una de ellas por cinco ministros. La actuación de la Corte puede realizarse en pleno o en salas. Los tribunales colegiados de circuito dispersos en diferentes puntos del territorio nacional están integrados por tres magistrados, quienes siempre deben estar presentes en el momento de la resolución final.[29]

El primer aspecto que se desprende de los artículos mencionados es el señalamiento de los órganos jurisdiccionales a los cuales resulta obligatoria la consulta de las tesis jurisprudenciales.

En el caso del Pleno, en efecto, sus ejecutorias requieren ser consultadas por las salas de la Corte y por el resto de los tribunales jurisdiccionales (locales y federales) del país.[30] Tratándose de las ejecutorias de las salas, sólo obligarán a la sala que la dicte y a los demás órganos jurisdiccionales. En cambio, para las tesis de los tribunales colegiados de circuito en materia de su competencia exclusiva, la obligación de observarlas recae en los juzgados de distrito, tribunales judiciales del fuero común y tribunales administrativos y del trabajo, que funcionen dentro de su circuito o jurisdicción territorial.

La enumeración de los órganos a los cuales obliga las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y tribunales colegiados de circuito (supremacía judicial), se limita a las judiciales, pues en caso contrario, de haberse omitido dicha enumeración, se entendería que la obligación se haría extensiva para todo género de autoridades sin distinción,[31] ya fueran administrativas o legislativas, locales o federales,[32] y esto constituiría una clara invasión del Poder Judicial al Ejecutivo y al Legislativo.[33]

[29] El artículo 5º bis, del capítulo III bis, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, prevé el caso en que un magistrado no pueda participar en la resolución: "Cuando un magistrado estuviere impedido de conocer de un negocio o se excuse, aceptándosele su excusa, o calificándose de procedente el impedimento, o faltare accidentalmente, o esté ausente por un término no mayor de un mes, será suplido por el secretario de mayor categoría. Cuando la excusa o impedimento afecte a dos o más de los magistrados, conocerá del negocio el tribunal más próximo, tomando en consideración la facilidad de las comunicaciones."

[30] Reza una resolución de la Corte: "la jurisprudencia de la Suprema Corte, tiene que considerarse obligatoria también para el Tribunal Fiscal de la Federación, pues aunque éste no es mencionado en el artículo 194 de la Ley de Amparo (192 actual), debe considerársele incluido por interpretación extensiva o por motivos de igualdad de razón." *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CII, p. 540, "Escocia", 20 de octubre de 1949, 4 votos.

[31] Hernández, Octavio A., *op. cit.*, pp. 369 y 370.

[32] Castro, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1978, p 535.

[33] *Ibidem*.

Ello no debe significar en esos campos un abandono total de la jurisprudencia, y sí en cambio debe utilizarse como una guía de consulta obligada, por parte de esas autoridades, en aras de mejores y óptimos resultados en sus actividades,[34] y de someter su actuación en estricto sentido al orden jurídico.

Con la reforma a la Ley de Amparo de 16 de enero de 1984, se comprimió en un solo artículo (192) la regulación legal de la supremacía judicial de las ejecutorias del Pleno y de las salas de la Suprema Corte de Justicia, cuando con anterioridad a cada una de ellas se dedicaba un precepto. El contenido del anterior artículo 193 bis (jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito) se trasladó al 193 actual, y aquél se derogó.

En el artículo 192 se emplea un término nunca antes utilizado: "decreto", para referirse a las ejecutorias que con carácter obligatorio establezcan el Pleno o las salas. No debe creerse que se trata del decreto como disposición legislativa, sino como la determinación o resolución del alto tribunal, es decir, lo que en el ámbito procesal se conoce como decreto judicial.[35]

5. *Requisitos de reiteración, no interrupción y votación*

Alcanzar el grado de supremacía judicial requiere el cumplimiento previo de tres requisitos:

a) Lo resuelto en la ejecutoria que va a alcanzar la supremacía debe estar sustentado en forma similar en cinco sentencias (artículos 192 y 193, Ley de Amparo).

Entre las opiniones doctrinales hay quienes abogan por la reducción de las cinco ejecutorias a tres.[36] Uno de los autores invoca el argu-

[34] Jorge Carpizo sostiene: "La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia debe obligar a todos los jueces y a todas las autoridades administrativas, federales y locales", "Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial Federal y sobre las relaciones Internacionales de México". *Gaceta de Información de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 36, mayo-agosto de 1982, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 563.

[35] Ignacio Medina Luna agrega a lo expuesto que: "en un sentido concreto los decretos constituyen una especie particular dentro del conjunto de las resoluciones judiciales que nuestros códigos de procedimientos, de acuerdo con el criterio tradicional, subdividen en decretos, autos y sentencias." "Decretos judiciales" *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, t. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, p. 44.

[36] Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones...", *op. cit.*, p. 563; Guerrero, Euquerio, "La justicia constitucional y los tribunales", *Anuario Jurídico*, México, V, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1978, p. 206.

mento de "que en ocasiones transcurren varios años para que se pronuncien cinco ejecutorias".[37]

Una crítica al sistema de reiteración en cinco ejecutorias la formula Emilio Rabasa:

> Las ejecutorias no son unidades homogéneas para prestarse a operaciones aritméticas... La Corte de Vallarta en su breve existencia comenzó a formar un cuerpo de precedentes que se impuso a los jueces y respetaron los letrados, no por ley conminatoria ni por cuenta de tendero, sino por la autoridad de aquel cuerpo que supo siempre ser el Poder Judicial.[38]

Tornaré sobre este punto en el rubro del "precedente" (*infra* V).

b) Durante el lapso que corre entre la primera y quinta sentencias, no debe haber (para los efectos de la supremacía judicial de la jurisprudencia ulterior) la resolución de un asunto que difiera sustancialmente de los puntos jurídicos sostenidos en las sentencias previas en vía de obtener la supremacía; en efecto, las cinco sentencias no pueden ser interrumpidas por otra en contrario (artículos 192 y 193, Ley de Amparo). La ejecutoria en contrario que pudiera surgir, no padece de ningún vicio de validez, sólo provoca que se pierda la continuidad del proceso de supremacía judicial (la ley la llama jurisprudencia obligatoria); tendrá que iniciarse de nuevo, a partir de la ejecutoria en contrario, ya sea para que ésta integre jurisprudencia (al seguirla otras cuatro similares), o bien, para volver al criterio original y requiera entonces nuevamente, cinco ejecutorias iguales y no interrumpidas por ninguna otra.

c) La votación en las ejecutorias resueltas difiere para la Suprema Corte de Justicia que respecto a los tribunales colegiados de circuito; para la primera, se exige el voto aprobatorio por lo menos de catorce ministros, si es una ejecutoria del Pleno, o de cuatro de ellos si se trata de asuntos resueltos por una de las salas (artículo 192, Ley de Amparo). En el caso de los tribunales colegiados de circuito, es necesaria la unanimidad de votos de los magistrados que los integran (artículo 193, Ley de Amparo). La mayoría de votos que sea necesaria para la supremacía de las ejecutorias, no debe confundirse con

[37] Guerrero, Euquerio, *op. cit.*, p. 206.

[38] Cit. por Castro, Juventino V., *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 533 y 534, y por una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de 1950; *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CV, p. 1196, amparo penal 2707/50, González Abraham, 7 de agosto de 1950, mayoría de 3 votos.

la mayoría de los miembros presentes para sesionar válidamente (el llamado quórum de presencia), ni con el propiamente dicho "quórum de votación" si se trata de un acuerdo, aunque con este último haya la posibilidad de coincidir, como es el caso de las resoluciones de las salas o de los tribunales colegiados.[39]

El requerir la mayoría absoluta para el Pleno y las salas, es decir, el número de votos que se necesitan para que una sentencia pueda constituir "jurisprudencia" y la unanimidad para los tribunales colegiados de circuito se justifica en la medida en que a la mayoría simple, o sea la votación con la cual se falla un asunto, pudiera corresponder un número de votos reducido en relación al total de quienes integran los cuerpos colegiados (vgr., en el pleno de la Corte una resolución podría acordarse con ocho votos favorables, si en dicho asunto sólo acuden a la sesión quince ministros, que es el mínimo exigido por la Ley Orgánica del Poder Judicial para que sesione el pleno); esa votación representa un número exiguo para constituir la supremacía judicial y "pudiera ponerse en duda que se trata del criterio del tribunal juzgador".[40]

Pero, ¿qué pasa con aquellas ejecutorias que son votadas por debajo del mínimo estatuido para alcanzar la supremacía judicial? Desde el momento en que han cumplido con las formalidades procedimentales no pierden ni validez, ni relevancia; pero no pueden tomarse en consideración para los efectos de dicha supremacía judicial, así lo ha sostenido la propia Suprema Corte de Justicia:

> Cinco ejecutorias de cuatro votos hacen jurisprudencia (Salas), en tanto que una ejecutoria por mayoría de 3 votos es respetada y respetable por los ministros que la citan, y por los tribunales inferiores que la ejecutan, como verdad legal de una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada... tendrá el carácter de precedente con aspiración a llegar a constituir jurisprudencia,

[39] El "quórum de presencia o de asistencia", o sea el mínimo de miembros que se requieren para que pueda funcionar el cuerpo colegiado, es de quince ministros (Pleno), según lo establece el artículo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; de cuatro de ellos, si se trata de las salas (artículo 15, *idem*), en este caso hay coincidencia respecto a lo exigido para la votación en la *supremacía judicial,* y de los tres magistrados en los tribunales colegiados de circuito (ex artículo 5º bis, *idem*), aquí también se da la semejanza con la votación de la supremacía judicial. Las resoluciones se fallarán con la mayoría simple de los ministros y magistrados presentes (artículos 4º, 29 y 6º bis, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

[40] Guerrero Lara, *op. cit.*, p. 365.

si se alcanza en el futuro el número de votos y de ejecutorias requeridos.[41]

En otra parte de la misma ejecutoria, se conjugan los requisitos, por un lado, para que se obtenga la supremacía judicial, y por otro lado, la protección, que en forma de postulados se da a la judicatura. Dice la parte relativa que el hecho de que en la Ley de Amparo se establecieron requisitos para que la jurisprudencia sea obligatoria; ello no implica que los ministros estén constreñidos indefectiblemente a votar de acuerdo con la jurisprudencia, sin considerar sus convicciones y mientras no exista una mayoría de 4 votos que la contradiga. Esa tesis sería atentatoria contra la libertad de pensamiento y de conciencia, de expresión y votación, supremos postulados de la judicatura.[42]

Yo haría extensivo este parecer judicial a todos los juzgadores, y no limitaría la opción de desatender un criterio jurisprudencial al hecho de que no se haya conseguido la votación requerida. Los jueces no deben asumir una posición inflexible de ajustar sus sentencias a los criterios establecidos, sin razonar jurídicamente sobre la conveniencia o no de seguir sosteniendo tales criterios; con la supremacía judicial de las ejecutorias no se pretende una simple observancia y aplicación de ellas, a manera de pegote en la resolución, sino que se cobre conciencia sobre la primordial tarea del juez de analizar y meditar el contenido y alcance de las ejecutorias, para trasladarlos al nuevo asunto que se plantee.

6. *Otros aspectos de la jurisprudencia en la Ley de Amparo*

Implícito en los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo se halla el requisito de que las cinco ejecutorias sean dictadas por una misma sala o tribunal colegiado. Hay una excepción en el caso de las salas, que hace posible la culminación de una ejecutoria en lo que la ley llama jurisprudencia, prevista en el último párrafo del artículo 192, cuando se trate de ejecutorias sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes de los estados.

[41] *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, tomo CV, p. 1196, A. P. 2707/50, González Abraham, 7 de agosto de 1950, mayoría de 3 votos. Es de hacerse notar que esta ejecutoria fue resuelta por 3 votos a favor, y no por los 4 exigidos por la ley para poder aspirar a obtener el carácter de jurisprudencia; sin embargo, ello no mella para reconocer lo relevante e interesante de su contenido.

[42] *Ibidem*.

El párrafo es resultado de una adición a la Ley de Amparo, de 7 de enero de 1980, que viene a cerrar el círculo del principio de la supremacía judicial federal sobre las leyes y reglamentos locales, iniciado el 30 de abril de 1968 (fecha del *Diario Oficial* que contiene reformas a la Ley de Amparo). Consiste este círculo en el sometimiento de la totalidad de los tribunales de una entidad federativa a los criterios que sobre ordenamientos de índole local establece la Suprema Corte.[43]

Este "atentado a la judicatura estatal", como lo llamó el entonces magistrado del Tribunal Superior de Justicia del estado de Coahuila, Sánchez de la Fuente,[44] es una prueba más de la falta de sindéresis y tacto práctico y jurídico del legislador, en perjuicio de la celeridad que debería imperar en la actuación de la Suprema Corte de Justicia. Es inconcebible que el rezago de resoluciones de la Corte, de todos conocida, no haya recibido siquiera una inyección de alivio y, por el contrario, se le coloque una lápida más.

Soy de la idea de que los asuntos de repercusión local deben ser resueltos en definitiva por los tribunales superiores de cada entidad federativa, sin opción alguna de que se traslade su decisión a la Suprema Corte de Justicia, salvo aquellos problemas que requieran la calificación de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o reglamento local, tal como lo establece el artículo 192 de la Ley de Amparo en su último párrafo. Se podría formar la supremacía judicial o jurisprudencia a nivel local o estatal con ejecutorias pronunciadas por tribunales superiores estatales; su consulta obligada se circunscribiría a los tribunales ubicados dentro del límite territorial de la entidad fe-

[43] Fix-Zamudio, explica que "los tribunales locales tampoco conservan su autonomía para interpretar libremente las disposiciones legales de sus respectivas entidades". ("Administración de justicia", *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, p. 101.) Por su parte, Alfonso Noriega declina esta posición y da su voto aprobatorio, en favor del precepto legal; dice que antes de 1968, la jurisprudencia recaía sobre la Constitución y demás leyes federales, "quizá por un explicable, pero erróneo y exagerado temor a invadir la esfera de los tribunales locales de las entidades federativas, autónomas en su régimen interno y con ello, el temor de violar los principios del sistema federal". (*Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 980 y 981.)

[44] Felipe Sánchez de la Fuente reconoce que "los propios magistrados han dictado sentencias apartándose de la jurisprudencia obligatoria, no por capricho sino con razones jurídicas poderosas" ("El federalismo y la obligatoriedad de la jurisprudencia", *Exégesis*, Monterrey, N.L., México, núm. 2, julio-septiembre de 1978, p. 6). Por su parte, Juventino V. Castro observa "una manifiesta invasión que la Federación hace respecto de las facultades constitucionalmente reconocidas al Poder Judicial de los Estados, ya que a sus tribunales se les impone la obligación de respetar las interpretaciones que de sus disposiciones legales lleva a cabo el Poder Judicial Federal" (*Lecciones...*, *op. cit.*, p. 532).

derativa respectiva. Juventino V. Castro expone la hipotética formación de una jurisprudencia estadual,[45] unificadora del derecho objetivo legislado y aplicado dentro de un determinado estado de la Federación.

Otras modificaciones que también entraron en vigor en 1968, las resume Héctor Fix-Zamudio[46] a las siguientes:

1) El procedimiento de interrupción y modificación se extiende a los tribunales colegiados de circuito.
2) Se faculta a los tribunales colegiados de circuito para establecer criterios de supremacía judicial.
3) Se faculta a las partes para denunciar contradicciones de tesis, y se conserva el sistema de unificación de criterios contradictorios sustentados por los tribunales colegiados de circuito y por las salas.

A. Interrupción, modificación y contradicción

Le hegemonía judicial de las ejectuorias corre paralela con el devenir histórico: no puede estancarse en un determinado criterio cuando las cambiantes condiciones obligan a replantear los razonamientos jurídicos.

Con el fin de evitar el estancamiento de la jurisprudencia,[47] el artículo 194 de la Ley de Amparo marca dos formas de cambiarla: la interrupción y la modificación; ambas fueron incluidas en dicha ley a partir de las reformas del 19 de febrero de 1951.[48]

En la exposición de motivos de esas reformas se destaca que "la jurisprudencia debe ser obligatoria pero no estática, pudiendo modifi-

[45] *Op. cit.*, p. 532.

[46] "Breves reflexiones acerca del origen y de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales", *Lecturas jurídicas*, México, núm. 41, octubre-diciembre 1969, Universidad de Chihuahua, pp. 96 y ss.

[47] Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, Ed. Porrúa, 1964, p. 300.

[48] Como resultado de tal reforma, el texto del artículo 194 fue el siguiente: "Podrá interrumpirse o modificarse la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o por las Salas de la misma.

En todo caso, los ministros podrán expresar las razones que tienen para solicitar la modificación de la jurisprudencia. La jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario, por catorce ministros, si se trata de asuntos en Pleno, y por cuatro si es de sala. Para que la modificación surta efectos de jurisprudencia, se requiere que se expresen las razones que se tuvieron para variarla, las cuales deberán referirse a las que se tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia que se modifica, debiendo observarse, además, los requisitos señalados para su institución".

carse, no sólo para dar una mayor interpretación a los ordenamientos legales, sino también para fijar su sentido en concordancia con el progreso de la vida social".[49]

La interrupción lleva a la cesación de los efectos obligatorios de una tesis,[50] que se traduce en un cambio del criterio hasta entonces sustentado, adecuándose a la realidad.

En la modificación, no hay anulación de una tesis completa como sucede con la interrupción, sólo hay adecuación de alguna de sus partes, ya sea para ampliar o para matizar el contenido[51] sin que pierda fuerza la tesis en las partes que no son afectadas por la modificación; se dice que se trata de una "interrupción parcial de la jurisprudencia".[52]

Para la interrupción se exige el pronunciamiento de una ejecutoria en contrario, que cumpla con el mínimo de votación propio de las ejecutorias en vía de obtener supremacía judicial, y donde se formulen las razones en que se apoye la interrupción.[53]

A pesar de la exigencia de razonar la interrupción, el primer tribunal colegiado administrativo del primer circuito resolvió en el sentido de que la ausencia de dicho razonamiento:

> No implica que no se haya interrumpido la jurisprudencia —siempre que se cumpla con la votación— sólo generará una deficiencia de técnica pocesal. De lo contrario, aunque la Suprema Corte de Justicia sostuviese un nuevo criterio en un número tan grande de ejecutorias como se quiera, los tribunales inferiores se verían obligados a aplicar el criterio ya abandonado por el Alto Tribunal.[54]

[49] Fix-Zamudio, *op. cit.*, pp. 299 y 300.

[50] *Idem*, p. 300; Ignacio Burgoa la considera como "la cesación de vigencia *(sic)* de las tesis" *(El juicio..., op. cit.*, p. 826).

[51] Silva Nava, Carlos de, "La jurisprudencia", *Curso de actualización de amparo*, Facultad de Derecho, UNAM, 1976, p. 119. Ignacio Burgoa: "La modificación... no se traduce en la sustracción del carácter obligatorio de las tesis que se modifique sino que se revela como su enmienda o reforma" *(op. cit.*, p. 826).

[52] Silva Nava, Carlos de, *op. cit.*, p. 119.

[53] En la reforma de 1951, el segundo párrafo no exigía el requisito de fundar las razones de una interrupción, sólo hacía mención expresa que para la modificación: "los ministros podrán expresar las razones..." En 1968, la situación se invierte —y perdura hoy en día—: no se es explícito respecto de la modificación, y sí, en cambio, de la interrupción, con la diferencia de que deja de ser optativo el desarrollar los argumentos para el cambio, como ocurría en 1951, y se torna obligatorio: "deberán expresarse las razones en que se apoya la interrupción."

[54] *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 31, 6a. parte, p. 37, pri-

Es decir, que ese "defecto de técnica procesal" no impide que se considere, por parte de los tribunales, como una interrupción de la tesis, ya que al resolver un asunto buscan siempre la resolución más reciente de los altos tribunales, y, si es posible, ajustarse a ella.

En la Ley de Amparo no se precisan detalles sobre los efectos y alcances de las dos vías de cambio de una tesis jurisprudencial. Esto ha motivado ciertas críticas doctrinales, sea sobre los vocablos utilizados[55] o sobre el procedimiento.[56]

Para la ejecutoria interruptora de la tesis jurisprudencial no se especifica el carácter de obligatoriedad que va a ostentar. La doctrina niega que alcance la hegemonía judicial; se trata en todo caso de un simple precedente.[57] y se necesitarán otros cuatro en el mismo sentido para tener dicho carácter. Si, como opina la mayoría, no es dable atribuir supremacía al nuevo criterio de la Suprema Corte o tribunales colegiados de circuito que cambia el sustentado previamente, se presenta una situación peculiar: los demás tribunales —en la práctica— se ajustarán al nuevo criterio, fortaleciendo con ello la idea de que un precedente tiene trascendente relevancia, como si ya poseyera la supremacía judicial, y aún más: el precedente aislado adquiere el carácter de obligatoriedad que la norma (artículos 192 y 193) sólo atribuye a la jurisprudencia. Según el texto legal no puede ser obligatorio el criterio, mientras no se observe en su totalidad el proceso jurisprudencial; pero, para efectos prácticos, sí es obligatorio, ya que la Corte, al decidir en última instancia las controversias, aplicará el nuevo criterio hasta cumplir con el requisito formal de integración obligatoria.

Similar situación se da con la modificación, sólo que aquí formalmente y en tanto no se cumplan los requisitos exigidos, se considera como obligatoria la parte de la tesis en vía de modificación.

mer circuito, primero administrativo, amparo en revisión 721/70, The T. French Co., 13 de julio de 1971, unanimidad de votos.

[55] Para Alfonso Noriega existe el evidente mal uso de los conceptos, interrupción y modificación que choca con la respetabilidad del alto tribunal y con la necesidad de adecuar sus resoluciones a las nuevas condiciones surgidas en la realidad. "No es plausible hablar de interrupción, que no sabemos si es momentánea, temporal o permanente. Además, el criterio de la ley es confuso porque obliga a hacer la distinción conceptual de interrupción y modificación sin precisar los efectos precisos de cada una de estas posibilidades" (*Lecciones. . ., op. cit.*, pp. 987 y 988).

[56] Juventino V. Castro critica el sistema de interrupción, que es totalmente inverso al de establecimiento de la hegemonía judicial: "parecería que en el espíritu de la ley hubiese repugnancia por establecer la jurisprudencia obligatoria, y alivio ante la posibilidad de anularla" (*Lecciones. . ., op. cit.*, p. 538).

[57] Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 826.

Respecto a la exposición de razones que debe contener la ejecutoria que interrumpa una tesis, no se establece sanción o consecuencia procesal alguna;[58] cuando no se cumpla con la exigencia de fundar la interrupción, no obstante, y como lo indica la ejecutoria arriba transcrita, se considera obligatorio su acatamiento por parte de los tribunales. Esto corrige el enfoque erróneo de una vieja ejecutoria de la Corte, que expresamente reconocía en tanto no se fundara el cambio de criterio en una tesis, ésta seguía gozando de obligatoriedad, sin importar que la reiteración del cambio de tesis se diera en dos o más ejecutorias; esto provocó que muchas tesis tuvieran obligatoriedad formal, pero no real. El contenido de la vieja ejecutoria de la Corte es el siguiente:

> La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es obligatoria para los tribunales y aunque haya ejecutorias posteriores que puedan contrariar esa jurisprudencia no por eso deja de ser obligatoria para los tribunales, si al pronunciarlas la Corte, no expresó las razones que tuvo para contrariar su jurisprudencia.[59]

Hay ocasiones en que los criterios jurídicos sustentados por distintas salas o tribunales colegiados de circuito, sobre asuntos con una problemática jurídica similar, conducen a lo que se conoce como contradicción de tesis o de criterios.

La expresión "contradicción", en términos de la Ley de Amparo, debe entenderse en un sentido amplio; es decir, no considerar sólo los casos de afirmación y negación entorno a un punto de derecho, sino también aquellos en que únicamente existen contrariedad o discrepancia.[60]

Sobresalen dos principios básicos en la resolución de las tesis contradictorias:

1º Una instancia judicial superior será la encargada de declarar cuál de las dos tesis en contradicción debe prevalecer. El Pleno de la Corte cumplirá con esa función cuando el problema se suscite entre dos salas. Será la sala competente de la Corte, acorde con la materia, si la contradicción surge entre tribunales colegiados de circuito.

[58] Castro, Juventino V., *op. cit.*, p. 538.

[59] *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXIII, p. 652, Balanza Larranda, Carlos, mayoría de 9 votos.

[60] García Máynes, Eduardo, *op. cit.*, p. 73.

2º La resolución decisiva de la contradicción no repercutirá en las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en los juicios en que ya hubiesen sido pronunciadas (artículos 195 y 195 bis, Ley de Amparo). Significa esto que los aspectos jurídicos que fundaron las sentencias contradictorias de los tribunales, son el objeto de análisis y resolución de la nueva ejecutoria; por tanto, el contenido de la ejecutoria que resuelve la contradicción debe concretarse al estudio de las cuestiones jurídicas o los puntos de derecho en relación con los cuales existan criterios divergentes o contradictorios. Lo que se resuelva de la contradicción será un criterio firme y definitivo para el futuro.

Con la reforma de 1968, se establece como derecho de las partes, al igual que lo tienen las salas de la Corte, el procurador general de la República y los tribunales colegiados de circuito (si es el caso), el denunciar ante la instancia competente la contradicción.

La intervención de las partes no aparece como algo práctico o beneficioso,[61] por no afectarles directamente la ejecutoria decisoria de la contradicción, ya que, como antes mencioné, la parte de la sentencia que impone una conducta obligatoria a las partes no es motivo de examen al resolverse una contradicción, sólo lo es la parte propiamente jurídica.

Fix-Zamudio propone una participación más directa de las partes, al resolverse una contradicción en base al "establecimiento de un recurso ante la Suprema Corte de Justicia, ya sean las salas o el pleno, según el caso, a fin de que la parte afectada haga valer la contradicción de tesis, con el objeto de que se revoque la sentencia en que se hubiere establecido la tesis que se estima incorrecta".[62]

La ejecutoria pronunciada por el Pleno o las salas, según sea el caso, adquiere la nota de hegemonía judicial, propia de la jurisprudencia. Es una forma distinta de obtener este *status*, al de reiteración de ejecutorias; así lo reconoció en 1975 uno de los tribunales colegiados del primer circuito,[63] La ejecutoria transcrita en la última nota sirvió

[61] Castro, Juventino V., *op. cit.*, p. 539.

[62] "Breves reflexiones...", *op. cit.*, p. 98.

[63] A esa conclusión llegó una ejecutoria del tercer tribunal colegiado en materia administrativa del primer circuito: "La tesis que resuelve una denuncia de contradicción entre tribunales Colegiados de Circuito, si bien no puede considerarse formalmente como jurisprudencia, en cuanto que no llena los requisitos que la ley señala para establecer esta clase de tesis; sin embargo, de la interpretación del artículo 195 bis de la Ley de amparo, debe llegarse a concluir que el criterio sentado por la Sala correspondiente de la Suprema Corte de Justicia al resolver una contradicción de tesis entre Tribunales Colegiados de Circuito, es obligatoria para dichos tribunales,

de antecedente a la reforma legislativa, a la Ley de Amparo, de fecha 6 de enero de 1984, a partir de la cual se establece que: "También constituyen jurisprudencia las tesis que diluciden las contradicciones de sentencias de salas" (artículo 192).

B. Invocación y publicidad

El artículo 196 de la Ley de Amparo contiene el supuesto para invocar criterios jurisprudenciales en juicio. Como sucede con muchos de los preceptos legales, su redacción deja muchas dudas.

Dice el artículo de referencia: "Cuando las partes invoquen en el juicio de amparo la jurisprudencia de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el sentido de aquélla y designando con precisión las ejecutorias que la sustente."

En primer lugar, parecería que se limita la posibilidad de acudir a la jurisprudencia, cuando las partes así lo decidan, sin que los juzgadores tengan opción a ello; esto no es así, puesto que el juez tiene en todo momento el deber de verificar las distintas normas jurídicas aplicables al caso, entre ellas las jurisprudenciales; baste para comprobar este aserto la transcripción de una resolución de la Corte:

> Aunque las partes no hagan referencia alguna a tal o cual jurisprudencia, los juzgadores pueden invocarla en cualquier momento, ya que es bien sabido que a las partes simplemente corresponde exponer los hechos y probarlos; pero que a la autoridad judicial es a la que compete la aplicación del derecho y, por tanto, no puede hablarse de que la invocación de la jurisprudencia equivalga a tomar en consideración una excepción no opuesta oportunamente.[64]

puesto que no puede quedar a su elección seguir o no, en un caso igual, el criterio establecido por el más alto tribunal, sino que debe ajustarse al mismo. De lo contrario carecería de sentido y razón el procedimiento establecido por el legislador en el citado artículo 195 bis, si se toma en cuenta que la resolución que en el mismo se dicte no puede afectar —lo establece el propio artículo— a las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias pronunciadas en los juicios en que hubiere ocurrido la contradicción; de lo que se sigue que la resolución de ésta sólo puede tener efectos para casos futuros en que se planteen cuestiones jurídicas iguales. Tan es así, que la Sala considera correcta, utiliza el verbo 'prevalecer' que significa: dominar, predominar, triunfar." *(Semanario Judicial de la Federación,* 7a. época, 6a. parte, primer circuito, tercero administrativo, vol. 76, p. 29, A.R. 69/75, Crispín Flores Insunza, 14 de abril de 1975, unanimidad de votos.)

[64] *Semanario Judicial de la Federación,* 6a. época, vol. XVI, p. 106, amparo directo 2690/57, Ma. Luisa Pedrajo Vda. de Sánchez, 30 de octubre de 1958, una-

Pudo ser más completa y contudente la tesis transcrita si se hubiera precisado que los juzgadores "deben invocar" (en lugar de "pueden") la jurisprudencia cuando exista algún asunto judicial resuelto y con aplicación al litigio. Una razón que ha impedido el adecuado conocimiento de la jurisprudencia, es que no existe alguna imposición al juez para que al resolver un asunto tenga que revisar los anales jurisprudenciales; mucho menos hay sanciones a quienes no lo hagan.

Otra limitación mal establecida en el artículo 196 es la que señala la invocación de la jurisprudencia "en el juicio de amparo", como si la labor judicial en todos los tribunales no requiera del conocimiento jurisprudencial. Hay que entender dicha frase como si dijera: "en todo conflicto jurisdiccional".

La totalidad de los litigios exige la aplicación de la jurisprudencia; así lo señala una ejecutoria de la Corte.[65] Agrega que tal aplicación es de orden público y obligatoria, y el único requisito estriba en la coincidencia entre los elementos de la controversia con el criterio que informa la tesis; si no se cumple con esta condición, será ilegal la resolución, ya que no se cumpliría con un requisito de vital importancia técnica y jurídica[66] dentro del juicio (artículo 14 constitucional), como es la aplicación de la jurisprudencia.

Complemento necesario para la cabal validez de las ejecutorias con la nota de supremacía judicial, es su publicación en el *Semanario Judicial de la Federación*, según establece el artículo 197 de la Ley

nimidad de 4 votos. Se supera un viejo criterio apegado al texto legal: "la ley de amparo impone a la Suprema Corte, la obligación de estudiar la jurisprudencia que hubiere establecido, cuando se invoque en un juicio de garantía; haciendo en su caso, mención de los motivos o razones que se tengan para admitir o rechazar esa jurisprudencia" *(Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XXIII, p. 652, Balanzá Larrondo, Carlos M., mayoría de 9 votos).

[65] La parte conducente de la ejecutoria establece: "... como la aplicación de la jurisprudencia es de orden público y obligatoria, cuando en un caso concreto sea aplicable una tesis jurisprudencial, porque los elementos de la controversia se ajusten precisamente al criterio que informa la tesis, su aplicación es inobjetable, aun cuando las partes no se hayan referido al criterio que sustenta la jurisprudencia aplicada. Esto es obvio, porque el juicio debe ajustarse a las formalidades que establece la ley (artículo 14 constitucional) y una formalidad de vital importancia técnica-jurídica, es la aplicación de la jurisprudencia si esta no fuere acorde con los elementos del juicio donde se aplica, o se razonara en forma ilógica o incongruente para forzar la aplicación de la jurisprudencia a un caso concreto." *(Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 16, 4a. parte, p. 19, amparo directo 3462/69, Alonso Treviño Cavazos, 15 de abril de 1970, unanimidad de 4 votos.)

[66] *Ibidem.*

de Amparo. Este artículo es poco claro porque no señala cuáles son los efectos de la falta de publicación, y cuáles son los de la publicación.[67]

De Silva Nava[68] considera la publicación como un requisito de existencia, ya que la jurisprudencia no publicada o la mal publicada no existen como tal; en cambio, Ernesto Solís no la considera como requisito formal para su aplicación, sino sólo para la divulgación de las sentencias.[69]

Creo que en este caso, como a menudo sucede, se confunde la forma, que es elemento del acto jurídico (generalmente acarrea una nulidad relativa) y puede subsanarse *a posteriori* con la publicidad, que no integra ni es parte del acto, sino sólo un medio de darlo a conocer a terceros. Así pues, tratándose de la jurisprudencia, el problema es de publicidad.

Al emplear un criterio analógico respecto a la materia registral en el derecho privado (la falta de publicidad hace que el acto no sea oponible a terceros), en materia de jurisprudencia, la solución sería que, respecto a la o las tesis no publicadas, si bien adquieren la categoría de supremacía judicial, no podría exigirse su acatamiento y observancia por parte de los jueces al resolver una contienda.

El problema se agudiza con la tardía publicación de la tesis. ¿Qué pasa con las resoluciones que se dictan durante el periodo transcurrido entre la quinta resolución para tener "supremacía judicial" y la publicación en el *Semanario Judicial de la Federación*?, ¿no será factible una ejecutoria que interrumpa la tesis?, y si lo fuera, ¿cuál se publicaría?, ¿valdría la pena publicar la tesis ya interrumpida?; ¿si hay una tesis publicada y se decide cambiar el criterio con una nueva ejecutoria, si ésta aún no se publica, a qué criterio habrán de atenerse los tribunales? Las anteriores interrogantes plantean lo delicado e importante que resulta la adecuada publicación de la jurisprudencia, para su cabal conocimiento.

Respecto de los planteamientos arriba formulados, insisto en considerar que en tanto no se publique la quinta de las resoluciones exigidas por la Ley de Amparo para constituir jurisprudencia (supremacía judicial), ésta aún no puede obligar a los jueces; por tanto, al no conocerse la última resolución, es factible que se dicte una ejecutoria que interrumpa o modifique la tesis de jurisprudencia y la que la irrumpe o modifica.

[67] Silva Nava, Carlos de, *op. cit.*, pp. 117 y 118.
[68] *Ibidem.*
[69] Informe de la Suprema Corte de Justicia del año de 1970.

a efecto de que se conocieran los distintos puntos de derecho contenidos en ambas ejecutorias.

He de agregar que la publicación en el *Semanario Judicial de la Federación,* al ser oficial, otorga a las ejecutorias veracidad, respeto y presunción de certeza en su transcripción; así lo resuelve la propia Corte:

> Si tal autoridad responsable se limitó a señalar en su informe una causa de sobreseimiento que hace derivar de ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, no está obligada a acompañar, como justificante, dichas ejecutorias, cuando están publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, que es el órgano autorizado para su publicidad y observancia.[70]

A pesar de que el artículo 197 de la Ley de Amparo sólo indica la publicación en el *Semanario Judicial* de la Federación de las ejecutorias de amparo y los votos particulares, siempre que se trate de las necesarias para constituir jurisprudencia o para contrariarla, en la práctica se publican mayor variedad de asuntos (quejas, incidentes, competencias, etcétera), bajo el escudo de la última parte de dicho artículo: "se publicarán... aquellas que la Corte funcionando en pleno, las salas o los citados tribunales, acuerden expresamente."

V. El precedente

La explicación hasta ahora desarrollada lleva inexorablemente al análisis del precedente. En nuestro sistema jurídico, el precedente es pieza fundamental en la composición de la supremacía judicial de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia y tribunales colegiados de circuito.

El empleo del término "precedente" en el lenguaje jurídico está estrechamente relacionado con su significado en el lenguaje ordinario: algo que es anterior o primero en orden (primero en tiempo).[71]

El uso del vocablo, lo limitamos a la actividad judicial. En el derecho mexicano se concibe en un sentido más restringido al utilizado en otros sistemas jurídicos (vgr. el *Common Law*), pues se trata de "decisiones anteriores de tribunales superiores, las cuales, se considera que encierran

[70] *Semanario Judicial de la Federación,* 5a. época, t. LV, p. 3962, amparo en revisión 7522/37, Loza Martínez, Jesús, 26 de marzo de 1938, mayoría de 3 votos.

[71] Tamayo y Salmorán, Rolando, "Precedente", *Diccionario Jurídico Mexicano,* México, t. VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1984, p. 161.

un principio o *ratio*, que debe ser aplicado en los casos posteriores en el que se plantee la misma cuestión jurídica".[72] en cambio, en el derecho angloamericano, significa: "los criterios que se sustentan en las sentencias de los tribunales y que, más que derecho aplicable, son señalados como elementos de convicción para la resolución de una controversia".[73]

Resulta normal y correcta la idea de que el precedente fecunda en el terreno siempre fértil de la casuística (básicamente en la actividad judicial), por los múltiples e insospechados problemas concretos que se registran en la dinámica jurídica del país.[74]

La Ley de Amparo regula un procedimiento de supremacía judicial de ejecutorias de los más altos tribunales del país. En base a él, se formulan posiciones doctrinárias y jurisprudenciales respecto del precedente.

Algunos creen que el principio angloamericano de la autoridad del precedente, en toda su plenitud,[75] no puede encajar en nuestro país, porque implica un estancamiento del derecho. Se cree que atar al juzgador a un criterio pretérito, aun cuando éste haya sido elaborado con toda acuciosidad y madurez y contenga la sabiduría jurídica más elevada,[76] es negar el natural avance del derecho. Otro tanto podría decirse de la jurisprudencia y hasta de la ley.

El anterior planteamiento parece acertado, sólo que para impedir el freno del derecho, yo hablaría de una flexibilidad en la aplicación de los precedentes, los cuales, al igual que la jurisprudencia, no son inmutables; no se trata de negarlos ni de soslayarlos como tales, y de esperar la culminación del proceso de supremacía judicial, como propugnan ciertos tratadistas,[77] sino que se debe estar consciente de que ínsita en la función del juez está la obligación de acudir a los anales de jurisprudencia para verificar la posible presencia de precedentes con similar tratamiento a los problemas presentados diariamente.

Al respecto, resulta firme la posición jurisprudencial asumida en diferentes ejecutorias:

[72] *Ibidem.*
[73] *Ibidem.*
[74] *Cfr.*, Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, p. 816.
[75] *Idem*, p. 820.
[76] *Ibidem.*
[77] Eduardo García Máynez sostiene el criterio legalista, de que los precedentes no vinculan a ningún juez, en tanto no se alcance la supremacía judicial. (*Cfr., Introducción..., op. cit.*, p. 70).

> La práctica seguida por los tribunales al aplicar en sus sentencias precedentes judiciales establecidos, cuando comparten la tesis que en ellos se sustenta, redunda en la satisfacción de los fines del derecho, y lejos de ser criticable, es título de exaltación para la administración de justicia.[78]
>
> No existe disposición alguna que obligue a los tribunales a sostener en sus resoluciones, invariablemente la misma tesis, ya que de aceptarse ese criterio podría darse margen a que un error de los tribunales tuviera que servir de base a otros errores...[79]

1. *Actitud del juez ante el precedente*

Interesante es conocer la actitud de los jueces ante el precedente. La mayoría de ellos están de acuerdo en que las resoluciones dictadas con anterioridad al asunto que se va a resolver tienen una fuerza especial y gravitacional;[80] por lo mismo, buscarán conectar su resolución a los razonamientos esgrimidos en el precedente, de preferencia a sentencias recientes, y de ser posible al último juicio ventilado.[81] El precedente es guía infalible,[82] que procura encontrar la igualdad, o cuando menos, la analogía entre los hechos del nuevo caso y los del que ya ha recibido sanción judicial.[83]

Lo anterior, respecto de lo jurídico; pero no siempre es el peso de la autoridad del tribunal anterior o sus razonamientos, lo que determina ajustarse al precedente; pueden presentarse razones metajurídicas, como sería que el juez fuese demasiado perezoso para pensar en el problema por sí mismo, o que no quiere arriesgarse a que prospere una apelación.[84]

[78] Agrega la misma ejecutoria: "la resolución judicial sólo causa agravio cuando el juez aplica el precedente a una hipótesis distinta de la que justificó su adopción, en cuyo caso la anomalía es similar a la que se comete aplicando inexactamente la ley". *(Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 39, 1a. parte, p. 14, amparo en revisión 3296/71, José de Jesús Silva González y otros, 14 de marzo de 1972, unanimidad de 16 votos.)

[79] *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. LXII, p. 42, amparo directo 2865/61, Jorge Chávez Ramírez, 20 de agosto de 1962, unanimidad de 4 votos.

[80] Dworkin, Ronald, "Casos difíciles", *Cuaderno de crítica*, núm. 14, México, versión castellana de Javier Esquivel, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981, p. 54.

[81] *Cfr.*, Geny, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed. Madrid, Reus, 1925, pp. 455 y 456.

[82] *Idem*, p. 477.

[83] Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Ed. Bosch, p. 86.

[84] Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, (traducción de

Esto conduce al planteamiento de dos problemas en la judicatura: el excesivo culto al precedente o, en su defecto, el desconocimiento de la jurisprudencia. Tan grave es una cosa como la otra, pues ambos defectos confluyen al deterioro de la imagen de la función jurisdiccional y al estancamiento del derecho.

La práctica demuestra que en muchas ocasiones el juzgador prefiere el camino cómodo y sencillo de ajustar el asunto a resolver, en el molde de un precedente, a la manera de una "justicia de diccionario"[85] que sólo refleja la pereza mental de los juzgadores[86] en unos casos, o su deficiente preparación jurídica en otros.

Se debe evitar los extremismos, "pues si es dañoso el juez que anda buscando innovaciones, reducido por las 'últimas verdades' también lo es el que se convierte en autómata al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores".[87] En el caso del desconocimiento de la jurisprudencia, si hiciéramos un paragón con el contenido del artículo 10 del Código Civil, diríamos que la ignorancia de la jurisprudencia no exime al juez de su aplicación y observancia.

Más que disposiciones legislativas, lo que se requiere para superar ambos problemas es la voluntad y concientización de los juzgadores, así como del encargado de su designación (presidente de la República). Se necesitan jueces con auténtica vocación jurisdiccional, preocupados por el estudio y análisis de cada una de sus resoluciones, y por la búsqueda de cumplir con uno de los más elevados propósitos de la jurisprudencia: marchar jurídicamente a la vanguardia del desenvolvimiento social.

Se reforzaría esta pretensión con diferentes sanciones legales, que se impusieran de acuerdo con la gravedad del desconocimiento por parte del juez, o de su aplicación maquinal (*vgr.*, será diferente el tratamiento cuando se aplique mal o se desconozca una ejecutoria que declare inconstitucional una ley, que aquella que se refiera a un aspecto procedimental).

Carlos Sierra), México, Breviarios Fondo de Cultura Económica, núm. 218, 1980, p. 86.

[85] Guerrero Lara, Ezequiel, *Manual para el manejo del Semanario Judicial de la Federación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982, pp. 47 y 48.

[86] Buen, Demófilo de, *Introducción al derecho civil. Ideas generales*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1977, p. 293.

[87] Reale, Miguel, *cit. pos.*; Ortiz, Belisario, "La jurisprudencia como fuente de derecho", *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, vol. VI, abril de 1982, pp. 39 y 40.

2. *El precedente en el sistema jurídico mexicano*

En la actualidad, una peculiar paradoja priva en la realidad jurídica del país.

Por un lado se cuenta con una regulación legal que impone una serie de requisitos para consagrar a ciertas ejecutorias con el carácter constitutivo de supremacía judicial. Entre los requisitos se halla el de reiteración y no interrupción de cinco precedentes; por otro lado, contamos con una serie de ejecutorias de la Suprema Corte que entronizan el precedente, a pesar de su regulación en la Ley de Amparo.

En este sentido y en estricto rigor legal, el precedente no tiene fuerza y autonomía por sí solo; requiere contabilizarse matemáticamente para adquirir relevancia y trascendencia.

Bajo ese tenor se dictaron algunas ejecutorias, la última en los siguientes términos data de 1960:

> Una sola ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de ninguna manera es de observancia obligatoria para un juez, ni debe servir de base para fundamentar una sentencia que resuelva un juicio de amparo, ya que tal carácter sólo lo tiene la jurisprudencia.[88]

La influencia de Rabasa se hizo palmaria en la Corte; su idea de que las ejecutorias "no son unidades homogéneas para prestarse a operaciones aritméticas",[89] se hizo penetrante en las resoluciones, al grado tal que en múltiples ejecutorias descuella la importancia de precedentes aislados, sin atender el precepto legal respectivo.

Haré la transcripción parcial de dos ejecutorias a efecto de destacar el sentido en que la Corte aplica hoy en día los términos de la ley.

> Las tesis sustentadas por la Sala que no constituyan jurisprudencia y por ello no entrañan obligatoriedad, sí, en cambio, bien pueden servir de legal sustentación a las sentencias de tribunales inferiores, al no existir precepto legal alguno que impida a los jueces que orienten su criterio con los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia, además de que es un principio generalmente

[88] *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. XXXIII, 3a. parte, p. 20, amparo en revisión 3391/59, Super Mercados, S.A., 2 de marzo de 1960, 5 votos.

[89] *Cit. pos.*, Castro, Juventino V., *Lecciones...*, *op. cit.*, pp. 533 y 534, y por una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de 1950, *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. CV, p. 1196, A.P. 2707/50, González, Abraham, 7 de agosto de 1950, mayoría de 3 votos.

reconocido que los tribunales inferiores adecúen su criterio al de los de mayor jerarquía.[90]

La aplicabilidad en una sentencia de un antecedente sustentado por la Suprema Corte de Justicia, no requiere que el criterio sostenido allí constituya jurisprudencia, sino sólo que el problema a que se refiera el precedente sea análogo al del nuevo caso al cual ese precedente se aplique.[91]

La lectura de las ejecutorias brinda la ocasión de observar un aspecto interesante: sólo se toman en cuenta los precedentes sustentados por los máximos tribunales, lo cual coloca al régimen mexicano en una posición ecléctica o intermedia entre el sistema impositivo de las tesis jurisprudenciales y la autoridad del precedente de tipo angloamericano.[92]

El aparente choque entre dos normas: la legal (regulación de la jurisprudencia en la Ley de Amparo) y la jurisprudencia (resoluciones antes transcritas), no lo es tal; en realidad se busca armonizar el contenido jurídico con el acontecer cotidiano.

[90] *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 139-144, 3a. parte, p. 141, amparo en revisión 662/80, Ejido de "Santa Anita", Mpio. de Tlaquepaque, Edo. de Jalisco, 1º de octubre de 1980, unanimidad de 4 votos. Se pueden consultar los siguientes asuntos concebidos en forma similar: *S.J.F.*, 5a. época, t. LXXIV, p. 6360, amparo civil en revisión 2169/40, J.B. Ebarard y Company Sucesores, 8 de diciembre de 1942, 5 votos; *S.J.F.*, 5a. época, t. LXXXVIII, p. 360, Fidencio Randón y Hno., 25 de noviembre de 1943; *S.J.F.*, 5a. época, t. LXXXV, p. 1080, amparo en revisión 2153/45, Weill, Mauricio, 13 de agosto de 1945, 5 votos; *S.J.F.*, 6a. época, vol. XXXIX, 3a. parte, p. 28, amparo en revisión 1646/60, Andrés G. Rebollar, 28 de septiembre de 1960, unanimidad de 4 votos; *S.J.F.*, 6a. época, vol. CV, 2a. parte, p. 83, amparo directo 8511/65, Adolfo Torres Ponce, 17 de marzo de 1966, 5 votos; *S.J.F.*, 7a. época, vol. 67, 7a. parte, p. 23, amparo en revisión 5794/55, Conductores Unidos de Autotransportes del D.F.S.C., 22 de julio de 1974, unanimidad de 4 votos.

[91] *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 109-114, 3a. parte, p. 89, revisión fiscal 38/77, Aeropersonal, S.A. de C.V., 13 de febrero de 1978, mayoría de 4 votos.

[92] Juventino V. Castro afirma que "nuestro régimen no se resuelve en el fondo por uno u otro sistema" (*Lecciones...*, *op. cit.*, p. 541).

LES JUGES EN SUISSE

Walther J. HABSCHEID *

SOMMAIRE: I. *Comment devient-on juge en Suisse?* II. *Les garanties de la neutralité des juges.* III. *La responsabilité civile des juges.* IV. *Conclusion.*

L'indépendance des tribunaux est un des piliers de l'Etat de droit. Pour cette raison, la plupart des Etats la garantit dans la Constitution, et les législation ont, avec le concours de la science juridique, établi des systèmes, de droit qui, souvent, ont été élevés au rang constitutionnel. Mais il y a un autre groupe d'Etats pour leque lil est difficile, voire impossible de procéder à une systèmatisation, soit que les dispositions concernant le statut des juges soient dispersées dans de nombreuses lois, soit qu'elles soient souvant lacunaires, même contradictiores; et avant tout parce que beaucoup ne sont pas réglées légalement. Et ce qui frappe: Ces Etats sont parmi les plus stables, ils ont une magistrature que tout le monde considère comme étant exemplairement neutre —malgré le fait qu'elle repose sur des règles qui, *en doctrine pure*, doivent paraître douteuses.

Ces ordres de droit ne sont pas —ou guère— à imiter. Leurs solutions reposent sur une longue tradition vécue et acceptée par le peuple, et pour cette raison, elles ne peuvent pas être des solutions-modèles. Mais elles donnent matière à réfléchir, à tirer des conclusions qui sont à même de conduire à une amélioration d'un système national qui, en théorie, est parfait, tandis qu'il est, pratiquement, moins satisfaisant.

Un de ces pays est la Suisse ou plutôt ce sont les Cantons suisses et la Confédération Helvétique avec 27 réglamentation ou usages concernant le statut des magistrats. Notre conférence ne peut, certes, pas décrire toutes ces diversités. Je dois done essayer de les réduire à quelques traits caractéristiques. Je limiterai mon esquisse à trois questions: Comment devient-on juge en Suisse? (I); la garantie de la neutralité des juges (II); leur responsabilité civile (III).

* Dr. Dres. h.c., Professeur aux Facultés de Droit de Zurich et Genève.

Je dédie ce travail à Héctor Fix *Zamudio* à l'occasion de son trentième anniversaire d'*investigador del Instituto de Investigaciones Juridicas* Héctor Fix *Zamudio* a écrit, pour le Congrès international de droit judiciaire de Gand, le rapport général sur la sélection et la nomination des juges.** Dans ce rapport, la Suisse fait défaut. C'est sans doute une lacune que ma contribution à ces mélanges veut combler. S'agissant du système de la plus vielle démocratie du monde, j'espère que les lignes suivantes ne trouvent pas seulement l'intérêt du jubilé mais aussi du monde juridique.

I. Comment devient-on juge en Suisse?

Dans toute solution nationale le choix des juges est un problème fondamental pour une justice neutre. La selection des magistrats doit garantir un personnel judiciaire techniquement qualifié et personnellement indépendant. Pour cette raison, on exige presque partout des études universitaires, un ou plusieurs examens universitaires ou d'Etat et une procédure de nomination confiée à une autorité indépendante, comme p.ex. en Italie, au *Consiglio Superiore della Magistratura*, ou au Ministre de la Justice qui n'est pas seulement responsable devant le Parlement, mais qui se trouve aussi sous le contrôle des tribunaux administratifs qui veillent à ce que le *meilleur* candidat soit nommé avant les autres, comme c'est le cas en République Fédérale d'Allemagne. Du reste, pour donner au juge la garantie la plus formelle de son indépendance, il est en principe nommé à vie, et il est inamovible.

*Le droit suisse —*ou plutôt sa *lex scripta— est toute différente:* Les juges sont élus à temps et cette élection est un acte politique. En principe, il faut appartenir à un parti politique pour devenir juge. Formation et examens universitaires ne sont exigés *par la loi* qu'exceptionnellement. Néanmoins, *de facto* les juges suisses sont en principe hautement qualifiés et il est difficile de nier leur indépendance dans l'affaire à trancher, vu leur appartenance politique. Enfin: Après l'échéance du mandat, la réélection est certaine si le juge se représente aux électeurs.

Permettez-moi de motiver ces thèses:

** Voir la publication *Towards a Justice with a Human Face* (édité par Marcel Storme et Hélène Casman, Kluwer/Antwerpen-Deventer (1978), 405 et s.

1. *L'élection des juges en Suisse*

A. Le principe

Conformément au système démocratique, les juges sont élus en Suisse. La duré de leur mandat varie entre une année (pour les Oberrichter) dans les cantons d'Appenzell Rh. I. (art. 20, 28, 33 Cst.) et Rh. E. (art. 23 Cst.) et dix ans (Tessin art. 45 Cst.). Dans beaucoup de cantons, les juges sont élus pour quatre ans[1] ou pour six ans.[2] A Neuchâtel, ils sont élus pour trois ans (art. 58 Cst.). Les juges du Tribunal fédéral sont élus pour une période de six ans (art. 5 OJF).

La réélection, qui est possible, constitue la règle, assurant une saine continuité dans l'administration de la justice.

B. Le système d'élection

L'électorat des juges est variable:

a) *Le peuple:* ce système est adopté pour tous les juges dans les cantons avec Landsgemeinde et certains autres dont Genève (art. 132 Cst.). Dans les autres cantons, en règle générale, seuls les juges de paix et les juges des tribunaux de première instance sont élus par le peuple.

b) *Le pouvoir législatif:* ce mode est celui prévu pour les juges fédéraux et, dans la majeure partie des cas, pour les membres de tribunaux d'appel.

c) *Un tribunal:* dans le canton de Vaud, c'est le Tribunal cantonal qui élit les juges de paix et les juges de première instance (art. 24 OJ), à Fribourg un collège composé du Conseil d'Etat et du Tribunal cantonal choisit les juges (art. 18 OJ) alors qu'à Zurich, selon le système de la cooptation, le Tribunal d'appel peut choisir ses suppléants et ceux des tribunaux de première instante (art 27, 38 OJ).

Parfois, le président du tribunal est choisi par le tribunal luimême parmi ses membres (p.ex. art. 13 OJF pour les présidents des sections).

A Genève, le Président de la Cour de justice et du Tribunal de première instance et les vice-présidents de ces deux jurisdictions sont

[1] Ex. Berne art. 54, 57 Cst. pour le Amtsrichter; Lucerne art. 74, 83, 85 Cst.; Soleure art. 6 Cst.; Vaud art. 74 Cst.; Valais art. 85 Cst.

[2] P. Ex. Genève art. 132 Cst.; Zurich art. 11 Cst.; Bâle Ville art. 2, 5 OJ; Schwyz pour le Tribunal cantonal: art. 60 Cst.; Saint-Gall pour le Tribunal cantonal: art. 93 Cst.

choisis par le Grand Conseil parmi les juges de ces tribunaux. Ils sont nommés pour deux ans et ne sont pas immédiatement rééligibles (art. 2A OJ).

"Le président et le vice-président (du Tribunal fédéral) sont choisis par l'Assemblée fédérale parmi les juges; ils sont élus pour deux ans", art. 6 al. 1 OJF.

L'élection a en général lieu au scrutin majoritaire mais certains cantons ont adopté la représentation proportionnelle.[3] D'autres lois organisent la représentation dans les tribunaux des minorités politiques.[4]

En ce qui concerne le Tribunal fédéral, l'art. 1 al. 2 OJF dispose: "Les juges et les supléants sont élus par l'Assemblée fédérale, qui aura égard à ce que les trois langues officielles soient représentées."

C. Les conditions d'éligibilité

La candidat au poste de juge doit être ressortissant suisse,[5] éligible aux fonctions publiques et posséder l'exercice des droits civiques. "Tout citoyen suisse éligible au Conseil national peut être juge ou suppléant" dispose à cet égard l'art. 2 al. 1 OJF.

Certains lois cantonales prévoient en outre un âge minimum (25 ans à Genève — art. 60 B OJ) ou même un âge maximum (art. 60 D OJ à Genève).

Seuls quelques cantons exigent une qualification *professionnelle*, c'est-à-dire des études de droit qu'atteste la possession de la licence, du doctorat ou du brevet d'avocat selon l'endroit.[6] Si l'article 2 OJF ne formule pas de pareilles exigences, en pratique les juges fédéraux n'en sont pas moins toujours des juristes.

Il existe aussi des *incompatibilités* destinées à préserver l'indépendance des juges: les membres de l'Assemblée fédérale et ceux du Conseil fédéral de même que les vonctionaires nommés par ces autorités ne peuvent pas être juges fédéraux (art. 2 al. 2 OJF).

[3] Voir Fetzer, *Die Proportionswahl bei den Gerichten in den Kantonen Zug und Tessin*, thèse Zurich 1940.

[4] Soleure art. 11 Cst.; Lucerne art. 96 Cst.

[5] Voir à cet égard une intéressante exception en ce qui concerne les professeurs de la Faculté de droit de Bâle ne possédant pas la nationalité suisse (Bâle Ville art. 7 al. 3 OJ).

[6] *Cf.*, art. 60 OJ pour Genève, disposition exclue par l'art. 60 A al. 1 en ce qui concerne les juges de paix et les juges assesseurs, art. 13 OJ à Fribourg pour les présidents des tribunaux de première instance, art. 7 al. 2 OJ pour les présidents des tribunaux a Bâle-Ville.

L'art. 3 OJF dispose:

a) Les juges ne peuvent revêtir aucne autre charge ou fonction publique au sercice de la Confédération ou d'un canton, ni suivre d'autre carrière ou exercer de profession.

b) Ils ne peuvent pas non plus occuper un poste de directeur, de gérant ou de membre de l'administration, de l'organe de surveillance ou de l'organe de contrôle d'une société ou d'un établissement ayant un but lucratif.

Des dispositions analogues se retrouvent pour les juges professionnels dans plusieurs lois cantonales.[7]

Des *incompatibilités pour paranté ou alliance* existent également.[8]

2. *L'influence des partis politiques*

Vu le fait que ce sont les partis politiques qui dans un système démocratique préparent et forment la volonté des électeurs ou qui les repésentent dans le Parlement, il est clair que dans un tel système, l'influence des partis politiques sur l'élection des juges est dominante. Cela va sans dire pour les juges élus par le peuple.

Et c'est évident aussi, en ce qui concerne les juges élus par les Parlements. Les juges fédéraux p. ex. sont élus par l'Assemblée fédérale. Mais comme le relève André *Grisel:*[9]

> Si le vote parlementaire n'est pas une simple formalité, il est à peine exagéré de dire qu'aujourd'hui, le juge fédéral est l'élu de son parti avant d'être celui de l'Assemblée fédérale.

"Est élu par son parti." Cela veut dire aussi que tous *les juges fédéraux* apartiennent à un parti politique. Et ce sont sic partis politiques qui représentent plus de 90% des sièges de l'Assemblée fédérale et qui s'entendent d'avance et se concertent entre eux pour que dans les collèges du Tribunal fédéral les partis soient représentés selon la proportionnelle habituelle. Il va de soi que dans la répartition des sièges, les différents cantons, langues, réligions et civilisations soient aussi proportionnellement représentés, et cela avec une légère sur-représen-

[7] P.ex. Genève art. 63 OJ; Berne art. 99 OJ; Bâle-Ville art. 80 OJ; Tessin art. 67 OJ.

[8] *Cfr.*, art. 4 OJF; Genève art. 61 OJ; pour l'ensemble du problème: N. *Roten.* Le problème des incompatibilités, Zeitschrift für Staats-und Gemeindeverwaltung, 1958, p. 313 s.

[9] Le tribunal fédéral suisse, dans: RDS 90 (1971) I, 390.

tation des minorités. Tout cela a comme conséquence —pour donner quelques dates statistiques que pour la langue, les juges à plein temps sont ainsi représentés: allemands 19, français 9, italiens 2.

Quant à l'appartenance politique: Ils apartiennent

au	CVP (parti populaire chrétien)	9
	FDP (parti démocratique libre)	9
	SP (parti socialiste)	8
	SVP (parti populaire suisse)	3
	LdU (indépendants)	—
	Lib/EVP (libéraux/parti populaire évangélique)	1
		30

On remarque que les indépendants ne "possèdent" pas de juge fédéral. Ils doivent donc attendre la prochaine élection, soit pour prendre le poste occupé par le groupe des libéraux, soit pour avoir droit à "leur" juge, vu d'un meilleur pourcentage des membres de l'Assemblée fédérale. Du reste ce sont les quatre premiers partis qui forment le gouvernement fédéral, les deux autres n'ont qu'environ 7 à 8% des sièges de l'Assemblée fédérale.

On pouvait croire que ce système provoquerait tous les six ans des "batailles parlementaires" concernant l'élection des juges fédéraux. Mais ce n'est pas le cas. *D'abord:* Les partis suisses sont relativement stables. Mais avant tout, il y a une "règle d'or" qui n'est pas violée: Si un juge est représenté pour être réélu, il le sera, même si le pourcentage de son parti a baissé. Un remaniement entre les partis n'est donc possible que dans l'hypothèse que le juge ayant terminé son mandat ne se représente plus.

Ce système a abouti à la conséquence que *pratiquement* les juges fédéraux sont élus à vie. Et malgré le fait que la loi n'exige pas de qualification juridique particulière, tous les juges fédéraux sont des juristes de profession, ayant fait leurs études et, souvent, leur doctorat en droit. *En outre:* les partis ne proposent comme candidats que des personnes *hautement qualifiées*. Ainsi, en 1978, les juges fédéraux ont exercé avant leur élection, selon *Matter*[10] (à l'époque il y avait 28 juges fédéraux):

[10] Der Richter und seine Auswahl, thèse Zurich p. 170.

comme avocats	7	= 25%
comme juges d'appel	12	= 43%
comme professeurs à une faculté de droit	4	= 14%
comme juristes dans l'administration ou l'économie	5	= 18%

Les systèmes des cantons suivent *—grosso modo—* les mêmes règles, malgré le fait qu'ils varient dans des détails. Ainsi à Zurich, il y a une Conférence parlementaire interfractionnelle qui prépare les élections par le Conseil cantonal. Cette conférence ne possède ni un statut ni un règlement, néanmoins les décisions prises par elle sont *de facto* décisives. La conférence examine avant tout la *qualification juridique* du candidat. La conséquence en est, qu'actuellement seuls des juristes ont une chance d'être proposés et élus comme juges du ler degré *(Bezirksrichter)*. Mais, et c'est le revers de la médaille, il faut appartenir à un parti, ou au moins être soutenu par un tel, pour que l'on ait une chance de devenir juge. Il va sans dire que cela est aussi valable pour les juges du Tribunal cantonal *(Oberrichter)*. Selon *Matter* (p. 156), les *Oberrichter* dans le canton de Zurich étaient ou sont plus souvent que les juges du premier degré aussi de hauts fonctionnaires de leur parti. Et ce qui frappe: Il n'y a pas d'examen de la qualification du candidat en cause. *De facto*, on ne choisit que des candidats bien qualifiés.

Celui qui ne connaît la Suisse que de l'extérieur est étonné de la politisation poussée de ce système d'élection à la magistrature. Mais notre esquisse a déjà montré qu'il y a des *checks and balances* qui évitent l'arbitraire et qui assurent, *d'une part*, une représentation adéquate de toutes les tendances politiques, linguistiques, culturelles, et, *d'autre part* aussi la réélection du juge après l'échéance de son mandat. Pour cette raison, le juge suisse n'a ni peur ni crainte de rendre un jugement qui ne plaît pas au parti qui l'a proposé.

Ainsi il est presque typique que c'est une chambre composée uniquement de juges fédéraux appartenant au parti chrétien démocrate qui annulla la loi cantonale d'Appenzell-Rhodes-Intérieurs, interdisant les soirées dansantes pendant le temps du carême. D'autre part, l'appartenance linguistique-culturelle a parfois une conséquence plus profonde sur le vote que l'appartenance politique. Ainsi dans un litige concernant l'admission d'un débit de vin dans une station de halte de l'au-

toroute, la minorité des juges de langue française était *pour*, la majorité de langue allemande *contre*.[11] Il faut ajouter ici que les délibérations et votes du Tribunal fédéral sont publics.

Du reste: En comparaison avec leurs collègues européens, les juges suisses sont bien rémunérés. Ainsi leur profession est aussi attrayante du point de vue financier. Et cela est une autre garantie —une garantie de fait— pour leur indépendance.

Le système suisse n'est pas un système à transplanter dans n'importe quelle autre région. Il fonctionne cependant dans les conditions d'une *démocratie de concordance (Konkordanzdemokratie)* pour laquelle peut-être la Suisse est, de nos jours, le seul exemple.

II. Les garanties de la neutralité del juges

Nous avons dejà souligné que le système suisse de l'élection des juges ne porte pas —*de facto*— atteinte à leur indépendance. Cette indépendance est assurée par plusieurs constitutions cantonales. Elle signifie —avant tout— que le juge n'a pas à recevoir des ordres d'autres organes de l'Etat. Sur le plan fédéral, c'est l'art. 21 LOJ qui dispose à cet égard:

> Le tribunal fédéral est placé sur la haute surveillance de l'Assemblée fédérale... dans l'exercise de ses attributions judiciaires, il est indépendant et n'est soumis qu'à la loi. Ses arrêts ne peuvent être annulés ou modifiés que par lui-même et conformément au dispositions de la loi.

En outre, le Tribunal fédéral a jugé, dans une juridiction constante, que seul le juge indépendant est un "juge naturel" au sens de l'art. 58 CstF.[12] En ce qui concerne cette indépendace envers l'Etat, les problèmes suivants se posent:

1. *Domaine de l'indépendance*

Nous avons déjà constaté que le juge n'a pas à recevoir d'ordres ou d'instructions d'autre organes de l'Etat en ce qui concerne l'applica-

[11] Voir l'article de M. *Falber* "Bundesrichter stehen über den Parteien" dans: *Der Landbote* No. 159 du 13.7.1985.

[12] Voir p.ex. RO 81 I 321, et Müller J.P. dans la *Revue de la Société des juristes bernois* 106 (1970) 249 et s.

tion ou l'interprétation de la loi. La séparation des pouvoirs lui assure une totale indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif:

a) Ni le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif (y compris le gouvernement) n'ont le droit de donner aux juges des ordres ou des instructions quant à la manière de juger.

b) Ne le pouvoir législatif ni le pouvoir exécutif (y compris le gouvernement) ne peuvent annuler ou modifier les jugements des tribunaux.

Cette *indépendance* ne concerne cependant que *l'application de la loi,* c'est-à-dire la fonction juridictionnelle du juge car, à côté de cette tâche primordiale existent également les affaires du "service judiciaire" et l'administration des tribunaux.

Exemple. Règles concernant les heures de bureau, la présence du juge, plus largement la direction de la marche (formelle) des affaires.

En ce qui concerne l'administration du tribunal, au contraire, le juge est surveillé et contrôle par le pouvoir exécutif, c'est-à-dire par le gouvernement (Conseil d'Etat) *ou* (et) par le pouvoir législatif: l'art. 21 OJF dispose ainsi que le Tribunal fédéral adresse, chaque anée, à l'Assemblée fédérale, un rapport sur sa *gestion.* Par contre, même cette dernière ne peut lui prescrire quoi que ce soit en ce qui concerne l'application de la loi; elle ne pourrait pas devantage modifier ou annuler les arrêts de cette Cour. C'est ainsi que doit se comprendre l'art. 85 ch. 11 CF qui fait allusion à la "haute surveillance de la justice fédérale" et les dispositions analogues des constitutions cantonales règlant le droit de survaillance du Parlement.[13] Les mêmes règles doivent être valables si la surveillance est l'oeuvre du gouvernement.[14]

> *Exemple* concernant le domaine cantonal. —Si un juge de 1re instance met un dossier dans le tiroir de son bureau au lieu de rendre un jugement pour la raison qu'il estime que le temps résout la plupart des litiges, il peut être poursuivi par la voie disciplinaire. Il en est de même s'il préfière la chasse au travail au tribunal et ne vient pas aux audiences.

A Genève, le Conseil d'Etat prononce les mesures disciplinaires contre un juge sur proposition du conseil de la magistrature.[15] Le conseil d'Etat peut infliger un blâme ou un avertissement ou même de

[13] *Cf.,* not. Vaud art. 70 Cst, Valais art. 61 Cst, Zurich art. 31 ch. 4 Cst; Fribourg art. 64 Cst.

[14] Genève art. 124 Cst.; Grisons art. 34 Cst.

[15] *Cf.,* loi instituant un Conseil de la magistrature du 27 juin 1942; disposition similaire à Fribourg art. 109 OJ.

véritables sanctions telles un abaissement ou une privation du traitement pour un certain temps, voire la destitution pure et simple. Le magistrat que l'âge ou la maladie a rendu incapable d'exercer ses fonctions peut en être relevé.

En ce qui concerne la gestion de ses affaires, le juge est donc surveillé et contrôlé, ce que certaines lois soulignent de manière très nette.[16]

2. *Intervention de l'autorité de surveillance dans le domaine de la juridiction*

Dans Schweizerisches Zivilprozessrecht (p. 5), le professeur *Guldener* souligne que le juge est soumis à la loi et estime qu'il n'y aurait pas d'atteinte portée à son indépendance si les lois permettaient aux organes de surveillance d'intervenir dans des cas très graves comme un abus évident ou une décision arbitraire ou encore le favoritisme du juge à l'égard d'une partie. Il se fonde à cet égard sur les dispositions des CPC de Berne (art. 374), c'Appenzell Rh. I. (art. 296) et de Saint-Gall (art. 450).

Cette opinion semble tout à fait sujette à caution en ce qu'elle paraît contraire au principe de la séparation des pouvoirs et à celui de l'indépendance des tribunaux.

Certes, dans les cas cités par le professeur *Guldener*, les décisions vicées doivent être corrigées mais le contrôle doit être exercé par des *tribunaux:* la victime d'un tel abus du pouvoir judiciaire a toujours la possibilité de saisir par voie de recours le tribunal supérieur. C'est à celui-ci, et dans des limites légalement tracées, de contrôler le jugement attaqué, de réformer ou casser la décision du tribunal inférieur. Si le jugement est cassé et l'afraire renvoyée devant ce dernier, celui-ci est lié par l'avis du tribunal supérieur (mais uniquement pour l'affaire litigieuse, ce qui le laisse libre si la question se pose à nouveau dans une autre affaire).

Le contrôle effectué grâce aux voies de recours est suffisant pour assurer une juste application du droit et il n'est pas nécessaire d'admettre en ce qui concerne celle-ci un droit de regard quelconque de l'administration ou du pouvoir législatif. En cas d'abus, l'arbitraire ou de déni de justice, la Constitution fédérale garantit (art. 4) le contrôle par le Tribunal fédéral: un organe étatique qui interviendrait

[16] P.ex.: Valais art. 295 CPC; Tessin art. 77 s. OJ; Zurich art. 108 OJ; Schwyz art. 62 OJ.

dans le domaine de l'application de la loi s'immiscerait donc dans la compétence de cette Haute juridiction.

III. La responsabilité civile des juges

Si le juge peut par ses actes violer les droits d'un tiers, admettre selon les règles du droit commun une action de la part d'un plaideur mécontent compromettrait gravement l'indépendance des tribunaux. Le principe de la collégialité —en règle générale, c'est un collège de juges qui tranche dans les instances supérieures— empêche normalement de savoir quel juge a violé ses devoirs et il ne faut pas oublier que la partie perdante a généralement la possibilité de faire appel et de porter son affaire devant la Cour suprême.

Néanmoins, dans des cas graves, il est nécessaire de permettre aux justiciables de demander au magistrat en cause ou à l'Etat la réparation du préjudice causé.

Pour comprendre le système en vigueur en Suisse, il faut partir de l'art 61 CO, qui dispose:

> La législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge.

Dans de nombreux cantons, les juges ne sont responsables que pour dol ou faute grave.[17] Dans ceux qui ont adopté l'institution française de la prise à partie, le demandeur doit obtenir une autorisation spéciale pour intenter l'action.[18]

En ce qui concerne *les juges fédéraux*, la Confédération ne peut être poursuivie, selon la loi sur la responsabilité de la Confédération du 14 mars 1958 que si le service compétent a pris position ou s'il a laissé s'écouler trois mois sans contester la réclamation ou sans prendre position.[19] La Confédération répond directement du dommage causé sans droit même s'il n'y a pas de faute; elle peut se retourner contre le juge en cas de dol ou de négligence grave.[20]

[17] Vaud art. 19 OJ; Tessin art. 195 LICC; Fribourg art. 98 OJ; Zurich art. 224 LICC.

[18] Vaud art. 492 de l'ancien code de procédure, la prise à partie ayant disparu dans le code du 14 décembre 1966, Fribourg art. 99 OJ.

[19] Art. 3 s., 10 al. 2 de la dite loi.

[20] Art. 7 de la dite loi.

L'art. 12 de la loi sur la responsabilité de la Confédération exclut cependant toute responsabilité en ce qui concerne la légalité des jugements ayant force de chose jugée, ce qui peut être discutable puisque cette disposition exclut toute poursuite même en cas de dol. En ce qui concerne les juges fédéraux, la loi s'applique donc uniquement dans les cas de dommage causé dans la gestion des affaires du Tribunal. L'action en dommages-intérêts sera dirigée contre la Confédération devant le Tribunal fédéral (art. 10).

Au plan cantonal, le Canton peut être parfois responsable solidairement avec le juge [21] ou seul responsable avec action récursoire contre le juge.[22] Il en est ainsi à Genève. Selon la loi du 23 mai 1900, l'Etat répond du dommage résultant des actes illicites causés par intention, négligence ou imprudence (renvoi aux règles du CO), mais il peut se retourner contre le juge fautif.[23] Pour le droit genevois, voir B. *Knapp,* La responsabilité de l'Etat et de ses agents, dans: XVIIIe Journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no. 60 (1978), p. 1 et s.

IV. Conclusion

Le statut des juges en Suisse que je viens de décrire et de commenter, surprend sans doute le juriste étranger. Mais il fonctionne dans les circonstances et données de la Suisse contemporaine. Il repose sur un *consensus* qui couvre la presque totalité du peuple suisse.

Mais il n'y a pas de doute: *"Videant Consules..."*. Un sistème de droit doit être si stable qu'il puisse résister aussi dans des temps troublés. Pour cette raison, on exige *de lege ferenda,* sans toucher au principe de l'élection, une *dépolitisation partielle* de l'accès à la magistrature. Ainsi *Matter* a proposé de prévoir *un organe de sélection* qui serait, pour l'élection des juges *fédéraux,* composé d'un nombre égal de députés, juges fédéraux, juges cantonaux et professeurs des Facultés de droit.[24] Un tel organe donnerait aussi une garantie nécessaire pour la qualification juridique des candidats-juges. Pour les cantons, des commissions senblables seraient à prévoir.

Mais: Vu la lenteur du développement et l'évolution des institutions politiques en Suisse, ces propositions sont de la *"Zukunftsmusik"*, de projets de longue date.

[21] Berne art. 15 Cst.; Bâle-Champ. art. 29 Cst.

[22] Schaffhouse art. 141 LICC; Neuchâtel L. 2 déc. 1903, Saint-Gall L. 7 déc. 1959.

[23] *Cf.,* RO 79 II 424 en français, qui admet la responsabilité du juge et du canton.

[24] *Op. cit.,* 178, voir aussi p. 179 pour les juges cantonaux.

APPEAL, CASSATION, AMPARO AND ALL THAT: WHAT AND WHY?

J. A. JOLOWICZ

SUMMARY: I. *The "Impurity" of Cassation.* 1. *Control of decisions of fact.* 2. *Control of court of remand.* 3. *Power of decision.* II. *The "Impurity" of Appeals.* 1. *Civil law.* 2. *Common law: England.* III. *"Public" and "Private" Purposes.* IV. *Concluding observations.* 1. *The Variables.* 2. *The "Right" to decide.* 3. *The Nature of the Questions.* V. *Endpiece.*

The law governing possible recourse against judicial and other adjudicatory decisions has, in all developed legal systems, become exceedingly complex. Nevertheless, broadly speaking, two principal categories of recourse are recognised and are distinguished one from another, as is reflected in legal terminology by regular use of two different words: *appel, cassation; appello, cassazione; apelación, casación* (or *amparo-casación*); *Berufung, Revision.*[1]

A notable exception to this list is the English language —the language of the common law— which makes no technical use of the word "cassation".[2] This does not mean, however, that procedures that a comparative lawyer would classify as "cassation" rather than "appeal" did not and do not exist. On the contrary, until the major reforms of the 19th Century,[3] an "appeal" properly so-called existed in England only in the courts of Equity; in the courts of "common law" the only forms of recourse available had far more in common with the "cassation" than with the "appeal" of other countries.[4] What

[1] It must be stressed at the outset that no attempt is made in this paper to enter into the detail of any given legal system The topic is treated very broadly and refers almost exclusively to recourse against final judgments given at the end of civil (including "administrative") litigation.

[2] The word "quash", meaning, essentially, to annul, and having the same derivation as cassation, is, however, firmly entrenched in English legal terminology.

[3] Supreme Court of Judicature Acts 1873-1875. Now the Supreme Court Act 1981.

[4] For a brief explanation of the division between "common law" and "equity", see Jolowicz, "El procedimiento civil en el *common law*. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el Siglo XX" (Trans. Lucio Cabrera Acevedo) in III *LXXV años de evolución jurídica en el mundo* (Mexico, 1978) 99, 101-104.

is more, while England itself substituted for those forms of recourse a procedure of "appeal" in the nineteenth Century, reserving a procedure analogous to cassation for limited classes of case including, most importantly, recourse against the decisions of administrative authorities or "tribunals", in the United States of America the older English forms of recourse including what is actually now called an "appeal" to a "Court of Appeals"— have been developed rather than replaced: for the purposes of this paper, therefore, the American "appeal" is treated as a form of "cassation" rather than of "appeal".

In principle, and as established in practice in the legislation of post-Revolutionary France which provided the model for so many of the legal systems whose language contain both "appeal" and "cassation", the distinction of kind between the two is clear.[5] On "appeal" the litigation as a whole —or so much of it as is the subject of the appeal (*tantum devolutum, quantum appellatum*)— "devolves" upon the appellate jurisdiction whose function it is to consider afresh the questions at issue on their facts as well as at law. Unless it finds the proceedings at first instance to be null and void, its business is to *decide*, at second instance, the substantive questions brought before it and its decision, in so far as it does not merely affirm the decision at first instance, replaces that decision for all purposes. While an appellate jurisdiction should not deal with questions not dealt with at first instance, for otherwise it would not be an *appeal* but itself a procedure at first instance (*tantum devolutum, quantum judicatum*),[6] it is not bound to have regard only to the legal arguments and to the evidence or proofs that were available at first instance: though "new" demands are excluded on appeal, new proofs are not.

From the "appeal" as thus defined, "cassation" is usually held to differ sharply. There is no "devolutive" effect and the role of a jurisdiction of cassation is said to be exclusively to examine the legality of the decision under attack —and "attack" is here an appropriate word which it is not in relation to appeal. No proofs are admissible on cassation— the facts must be taken as already found —and the

[5] For the appeal, see Book III of the Code de procédure civile of 1806. The Court (originally Tribunal) of cassation was created by the law of 27 November to 1 December 1790, but its procedures were governed partly by a pre-Revolutionary decree of 1738 and partly by a number of uncodified laws and decrees of the post-Revolutionary period. See, e.g., Faye, *La Cour de Cassation* (1903).

[6] Adherence to this rule is in principle essential to the preservation of the right to a double degree of adjudication, normally taken as the principal justification for the appeal. See however *post*, n. 43.

court has only two options: it must either affirm or annul. In the latter event the parties are restored to the position in which they were before the defective decision was made, and so if, as a result, questions are left outstanding between them, these must be resolved in another court: they cannot be resolved on cassation. What is more, that other court must reach its own decision unfettered by anything that may have been said on cassation even with regard to the correct interpretation of the law. The French procedure as it remained until 1837[7] provides an example of cassation in this sense, and so too does the old English "writ of error". Under that procedure the formal "record" of the proceedings at first instance —the "trial" of the action before a jury— was brought before a "court of error". If error was found on the record, a mainly formal document consideration of which gave no opportunity to the court of error to reconsider decisions of fact, the decision must be quashed and a "new trial" ordered. The powers of a court of error went no further; it could not even disregard an error which in its view could not have affected the outcome of the trial.[8]

It is often said, and even more often assumed, that the purposes which these two distinct procedures exist to serve are themselves quite different. It must not be overlooked, however, that neither can be invoked until after a decision which affects a person's legal rights has actually been made or that, subject to limited and rarely used exceptions,[9] neither is open save to persons directly affected by the decision. This being so, it is in the nature of things unlikely that either will actually be invoked in any case unless a person actually affected by the decision in question considers that it would be to his own advantage to do so. Calamandrei has observed, in relation to cassation, that the state makes use of the private, self-interested initiative of the disappointed party by putting it to the service of the wider interests of society.[10] This can, however, often be said also of the appeal, but even if it is right that in its "pure" form cassation is pri-

[7] Loi du 1er avril 1837.

[8] Holdsworth, *History of English Law* I (ed. 7, London, 1956) 222-224. For a late example, see *Househill Coal & Iron Co.* v. *Neilson* (1843) 9 Cl. and Fin. 788.

[9] In particular, the recourse "in the interest of the law". This was introduced in Mexico in 1951 but, as Dr. Fix Zamudio observes, is little used: *El juicio de amparo*, Mexico, 1964, p. 301.

[10] Calamandrei, *La Cassazione Civile*, II, cap. 6 nº 64, in Piero Calamandrei, *Opere Giuridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, VII (Naples, 1976) 133. See also Jolowicz, "Appellate Proceedings", in *Towards a Justice with a Human Face*, Storme and Casman, ed. Antwerp, 1978, pp. 127 and 154.

marily concerned with those wider interests while the appeal is concerned primarily with the private interests of the parties, it is increasingly difficult in modern conditions to find either institution in pristine condition. "Pure" cassation, in particular, is today something of a rarity, but there are many appeals which provide less than a true *novum judicium* and some which even trespass upon the province of courts of first instance by deciding questions not previously decided in the court below. Even where there are "courts of appeal" and "courts of cassation" it is no longer possible to distinguish sharply between their respective functions: the differences between them are blurred. Some of the changes which have led to this blurring stem from the universal need to reduce the cost and the delays of litigation. Others, perhaps, have had broader objectives. But be this as it may, it is suggested that the time has come for lawyers to take stock of what has occurred in their particular legal systems and to give fresh consideration to the purposes which their various forms of recourse actually serve.

It is not, of course, the intention of this paper to enter into detail, nor yet to provide answers to questions to which, in any case, different solutions are appropriate in different countries. Its intention is only to show, in general terms, and through examples, how the institutions of "appeal" and "cassation", both once internally consistent in principle, have tended to lose their individual character, and to offer some general and somewhat speculative observations at the end. In Mexico, of course, the complex institution of amparo has a special place and some unique characteristics, and it would be ridiculous as well as impertinent for an English lawyer to attempt to discuss it at length in a volume in honour of one of its greatest exponents, Dr. Hector Fix-Zamudio. Nevertheless, two things should be said about it at this stage and before passing to other matters.

1. The debate which has taken place in Mexico concerning the relationship between cassation and the amparo against judicial decisions, and the notable contribution to that debate of Dr. Fix-Zamudio himself, are important to the subject matter of this paper from at least two points of view. First, in answer to those who lay great stress upon the differences between the amparo and cassation as practised in Mexico before 1919, Dr. Fix-Zamudio points out that they confuse cassation, as such, with one particular model —the Spanish— which had

been adopted in many Mexican codes of civil procedure.[11] This, if it may be said with respect, is plainly correct: to mention but one aspect of the matter —a vital one— the French model of cassation did not until very recently allow the court of cassation to do more than quash a defective decision whereas under the Spanish model, if a decision is quashed for *error in judicando*, the court may proceed to give its own decision disposing of the litigation. Indeed, the Spanish cassation has been described by at least one distinguished Spanish writer as "impure",[12] and in this respect, at least, it seems that the Mexican "*amparo-casación*" as it exists today is closer to "pure" cassation than was its predecessor.

2. The second reason for referring to the Mexican debate in this paper is to draw attention to its discussion of the respective purposes of cassation and amparo: according to one line of argument the two must be distinguished because cassation has as its purpose the protection of the legal order, while amparo exists for the protection of individual rights. To this Dr. Fix-Zamudio replies, in part, that no such clear distinction of purpose can be drawn between the two institutions,[13] and he refers specifically, of course, to the amparo itself. His reply is, however, capable of more general application. Such is the nature of the judicial process and its impact on society that however clearly a legislator may envisage the purposes he intends his legislation to achieve, the purposes actually achieved by it can be ascertained only from its operation. Of course, appreciation by the legislator that his legislation has failed to achieve the purpose he had in mind may lead to its modification, and indications by the legislator of his purpose may sometimes control the interpretation and application of the legislation by the judges. There is, nevertheless, no necessary identity between the original "purpose" of a legal institution and the probably numerous "purposes" that institution actually serves. Appreciation of this elementary fact of legal life is of particular importance when procedural institutions and their development are under consideration, and even if the initial "purposes" of "appeal" and "cassa-

[11] Fix Zamudio, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano" (1978) 9 *Memoria de El Colegio Nacional*, 91, núm. 49.

[12] Fairén Guillén, "Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1900-1975)" in *op. cit. supra*, note 4, pp. 13, 53. See also the same author's national report to the International Congress on the Law of Civil Procedure, Ghent, 1977, on Appellate Proceedings: "La 'casación' española tiene bastante poco que ver con la francesa."

[13] *Loc. cit*, n. 11, nos. 50, 51.

tion" are distinct, as each institution has developed they have come much closer together. Indeed, as has been indicated above, "pure" cassation has become something of a rarity,[14] and many "appeals" are more "impure" than "pure". It may even be true today that the differences between them are more of degree than of kind. The attempt will now be made to justify this statement.

I. The "Impurity" of Cassation

Three main aspects of "pure" cassation fall to be briefly considered, first in relation to countries of the civil law tradition and then to those of the common law.

1. *Control of decisions of fact*

A. Civil law

Without openly transgressing the rule that it is concerned only with questions of law, thanks to the notorious imprecision and fluidity of the distinction between questions of fact and questions of law a court of cassation can, if it so desires, review many decisions that are essentially of fact. At least three different techniques are available. First, it is widely held that the qualification of the facts is a question of law.[15] Secondly, the traditional idea that the interpretation of private documents such as a contract or a will is a question of intention and thus of fact is overcome by the concept of "distortion".[16] Thirdly, as

[14] The *amparo-casación* itself is, perhaps, an example even since the amendments of 6 January 1984 to articles 76 and 79 of the Ley de Amparo. The amendment to article 78 does, however, seem to import an element of "impurity". Another example of "pure" cassation, though never so described, is the English Application for Judicial Review against administrative decisions. See *post*, pp. 2065-2066. For this procedure see Gordon, *Judicial Review: Law and Procedure*, London, 1985.

[15] *E.g.*, France, Vincent et Guinchard, *Procédure Civile*, ed. 20, Paris, 1981, nº 37; Italy, Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, ed. 4, Milan, 1981, p. 329; Spain, Fairén Guillén, *loc. cit.* at. p. 55 and authorities cited, n. 207. For Germany, see generally Schlosser. "Le contrôle des constations de fait par le juge de cassation dans le procès civil en droit allemand", 1980, *Rev. int. dr. comp.*, 93. The position in the French Conseil d'Etat when acting as a court of cassation is not as it is before the French court of cassation itself: Debbasch, *Contentieux administratif* (ed. 3, Paris, 1981) nº 652. In England, by contrast, it is specifically denied that the qualification of facts is a question of law: *(Wolverhampton) Ltd.*, v. *Haynes* [1959] A.C. 743, but there neither the Court of Appeal nor the House of Lords is formally restricted to questions of law.

[16] "Distortion" ("dénaturation") appears in France as early as 1868: Civ. 20 jan.

a jurisprudential development[17] or by actual legislation,[18] a decision may be quashed on cassation if its findings of fact are inadequately motivated: based upon the idea that acourt of cassation cannot perform its function, especially that of considering the qualification of the facts, if the facts are not adequately stated, the door is open for it to consider almost any point of fact.[19] It has, indeed, been said for France that of the elements of the dossier produced in the lower courts the court of cassation can do with them what it likes,[20] and, for Germany, that, contrary to the intention of the legislature, *Revision* before the *Bundesgerichtshof* has become a *"Tatsacheninstanz"*.[21]

B. Common law

In England, as already mentioned, the principal analogue of "cassation", the writ of error, was replaced by an "appeal" more than a century ago. Most other common law jurisdictions have followed suit. In the United States, however, although the word "appeal" is used, the procedure is not a retrial of the case. The procedure is a development of the old writ of error; it is usually stressed that it is "a review concerning whether prejudicial error occurred in the original determination",[22] and the court is limited to errors on the "record". It remains true that the decision of disputed questions of fact is held to be the province of the jury —and there is no jury in a Court of Appeals— so that attention is directed in principle to alleged errors of law, but instead of the original mainly formal document, the "record" has become a written account of the entire proceedings and may include a

1868. D.P. 1868. 1. 12. See Boré, "Le contrôle de la dénaturation des actes", 1972, *Rev. trim. dr. civ.*, 249.

[17] As it still is in France. See Motulsky, "Le 'manque de base légale', pierre de touche de la technique juridique", *J.C.P.* 1949. I, 775, reprinted, *Ecrits* (Paris, 1973) 31.

[18] *E.g.*, Italy, C.p.c., art. 360 5), Liebman, *op. cit.*, n. 15, p. 332.

[19] Striking examples from France include Civ. 2e, 24 nov. 1955, D. 1955, 163; Civ. 2e. 18 nov. 1976, D. 1977. I.R. 79; Civ. 2e. 17 fev. 1982, J.C.P. 1982, IV, 162.

[20] Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, III, ed. 6, Paris, 1978, p. 473.

[21] Gilles, "Die Berufung in Zivilsachen und die zivilgerichtliche Instanzordnung", in *Humane Justiz* (ed. Gilles, Kronberg, 1977) 147, 156. See also Schlosser, *loc. cit.*, n. 15.

[22] James & Hazard, *Civil Procedure*, ed. 2, Boston, 1977, nº 13.8. Space precludes discussion of procedures available in the court of first instance whereby, for example, a litigant can apply for a new trial after the jury has delivered its verdict. See James and Hazard, *op. cit.* nºs. 7.16 to 7.22ñ In this paper reference is made only to the procedure in the Federal Courts of Appeals.

verbatim transcript of the oral testimony given at the trial as well as all documentary material there used.[23] It is therefore open to an appellant to argue that the jury's verdict was "perverse" —that it was contrary to the weight of the evidence— and this opens questions of fact on the appeal. The court will not intervene except in clear cases, but if it considers a jury's verdict to be contrary to the evidence it will order a new trial.[24]

2. *Control of court of remand*

A. Civil law

Where a decision is quashed and the case remanded to another court for a new decision, then, under "pure" cassation, the procedure is exhausted unless and until the new decision is also attacked: the court of cassation cannot control in any way the decision of the court of remand. As early as 1837, however, France found it necessary to modify this rule by providing that, following a second cassation, the rulings of the court of cassation on matters of law bind the second court of remand.[25] This remains, in its essentials, the position in France to the present time,[26] but other countries have gone further: the rulings of the court on a first cassation bind the first court of remand.[27]

B. Common law

No similar explicit provision for control by the American Court of Appeals of the court in which a new trial is held exists, but none is necessary. The common law doctrine of precedent gives to the Court's

[23] F. R.A.P., Rule 10.

[24] That the verdict is against the weight of the evidence is also a ground for an application to the trial judge for a new trial: F.R.C.P., Rule 59.

[25] Loi du ler avril 1837. Under this law the second cassation came before a special formation of the Court, the Chambres Réunies, not before the Chamber originally seised.

[26] Loi nº 79-9 du 3 jan. 1979 (C. org. jud, art. L. 131-4, al. 2). The Chambres Réunies is replaced by the Assemblée Pléniaire. The position in Belgium is similar: C.J., arts. 1119, 1120.

[27] *E.g.*, since 1942, Italy: C.p.c, art. 384, which requires the court of cassation to enunciate the correct principle of law and its mode of application in the circumstances. See Liebman, *op. cit.*, n. 15, p. 348. In Mexico the Supreme Court determines the bases on which the court of remand must proceed and which that court may not disregard: Fix-Zamudio, *op. cit.*, n. 9, 131-132. For Germany see Schlosser, *loc. cit.*, n. 15, at p. 112.

determinations of questions of law the force of law. If, therefore, the judge of first instance at the new trial were to disregard them he would necessarily commit an error of law.

3. *Power of decision*

Two questions fall to be considered here. First, if the decision is quashed, can the court of cassation replace the defective decision with its own and dispose of the litigation? Secondly, if the legal reasoning of the decision is found to be defective but, in the opinion of the court of cassation, its actual disposition of the litigation is correct, may it affirm the decision on the basis of what it holds to be the correct legal reasoning? An affirmative answer to the first, even when limited to cases in which all the facts necessary are stated in the decision under attack, is an obvious element of "impurity"; it also, in substance if not in form, embraces an affirmative answer to the second. Even taken on its own, however, an affirmative answer to the second question introduces an element of "impurity". It is impossible for a court to conclude that the dispositive part of a decision correctly resolves the dispute between the parties to litigation without itself giving consideration to its substance; and that, in a "pure" system, a court of cassation must not do.[28]

A. Civil law

a. *Power to replace defective decisions*

Somewhat surprisingly, the existence of this power, though not universal even today, is not an exclusively modern development. It has for long been within the powers of some courts of "cassation" including that of Spain (and thus, previously, of Mexico), to replace a defective decision with a decision of its own if it can do so without further investigation of facts.[29] It is true that there are still some courts

[28] By parity of reasoning it seems to follow also that what, in the Mexican Ley de Amparo is called the "suplencia de la queja", where it is allowed, is also a sign of "impurity", and the reluctance of Mexican law to extend it beyond the special cases covered by art. 76 is understandable. It is open to question whether the amendment to art. 79 of 1984 introduces a further element of "impurity", but it is suggested that it probably does so.

[29] L.E.C., art. 1745. Fairén Guillén, *loc. cit.*, n. 12, at p. 53; Germany, ZPO, # 565; Salger, "La Cour Fédérale de Justice de la République Fédérale d'Allemagne", in *La Cour judiciaire suprême*, Paris, ed. Bellet et Tunc, 1978, pp. 311, 340; Netherlands, Wiarda, "Le Hoge Raad des Pays-Bas", *idem*, pp. 275, 288.

of cassation which lack the power of final decision[30] but, most significantly, the law has recently been changed in France. First, in 1967,[31] it was enacted that the *Assemblée pléniaire* of the court of cassation, on a second cassation, could como to a decision of substance if the second cassation was founded upon the same grounds as the first and provided that the facts were sufficiently set out for the court to proceed wholly upon considerations of law. Since 1979, however, the power to decide finally, on purely legal grounds, is possessed by every Chamber of the court on a first cassation.[32]

b. *Affirmation on different legal grounds*

The Belgian constitution states that the Court of cassation "*ne connait pas du fond des affaires*".[33] Perhaps for this reason, the Belgian court has no power to affirm a decision if it disapproves of its legal reasoning even if the court regards the result as correct on different grounds. In Mexico, too, it appears, the Supreme Court has no such power.[34] A number of other legal systems, including Italy, which does not allow the court of cassation to substitute its own decision after cassation, do, however, now specifically provide that a decision may be affirmed if its dispositive part is in accordance with the law: if the reasons given are incorrect, the court corrects them.[35] Even in France, but only since 1979, the court may refuse cassation by substitution of correct for incorrect legal reasoning.[36]

[30] *E.g.*, Belgium, Fettweiss, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1985, nº 875; Italy, C.p.c., art. 383, Liebman, *op. cit.*, 15, nº 350; Mexico, Ley de Amparo, art. 80 and Fix-Zamudio, *op. cit.*, n. 9, 131-132.

[31] Loi nº 67-523 du 3 juil 1967, art. 16.

[32] Loi nº 79-9 du 3 jan. 1979; C. org. jud., art. L. 131-5; n.C.p.c., art. 675. The finality and completeness of the judgment is emphasised by express provisions that it is enforceable and that the court of cassation decides on the allocation of the costs between the parties, both those incurred on the cassation and those incurred at the earlier stages of the litigation.

[33] Art. 95.

[34] See Fix-Zamudio, *loc cit.*, n. 11, nº 111 and note 138. If Dr. Fix Zamudio's suggestion that the principle *jura novit curia* were to be extended to the whole of the amparo against judicial decisions, the power might exist by implication. It seems that the reforms of 1984 do not go so far.

[35] C.p.c., art. 384, comma 2. The same position applies in the Netherlands (Wiarda, *loc. cit.*, n. 9, at p. 288) and Germany (ZPO # 563; Salger, *loc. cit.*, n. 29, at p. 339).

[36] Now n.C.p.c., art. 620.

B. Common law: United States

a. *Power of decision*

Given the prevalence of jury trial in the United States, a finding of error by a Court of Appeals will normally require a new trial before a new jury.[37] Trial by judge alone is, however, no longer unusual, and where it occurs the judge is required to state separately his findings of fact and his conclusions of law.[38] If, then, a Court of Appeals is content with the judge's findings of fact but disagrees with his conclusion of law upon them, nothing prevents that court from substituting its own judgment for that at first instance. There is, however, also a limited possibility that a Court of Appeals will decide for itself disputed questions of fact. The trial judge's decision of fact will not be overturned unless it is "clearly erroneous", but where nothing turns upon the credibility of the witnesses, witnesses who have given oral testimony in the presence of the judge and whose demeanour he will have observed, the possibility that the Court of Appeals will adopt its own view of the facts in preference to that of the judge of first instance exists. In this respect, it is interesting to observe, the American procedure, developed from a form of "cassation", is closely similar to that established in the English "appeal".[39]

b. *Affirmation on different legal grounds*

In the common law system judgments themselves are not formally motivated. They consist only of what elsewhere would be called the dispositive part: the extensive exposition of reasoning given by common law judges —the "opinion" as it is known in the United States[40]— is independent. There is nothing, therefore, to prevent a Court of Appeals from affirming a "judgment" with which it agrees albeit for reasons different from those given by the judge of first instance.

[37] The possibility exists, in a jury trial, that a party applies to the judge of first instance for judgment in his favour *non obstante veredicto*, i.e. that despite a verdict apparently favourable to his opponent, as a matter of law he is entitled to judgment. Such an application is unusual, but from the judge's decision upon it an appeal may be brought; the decision of the Court of Appeals then disposes of the matter finally.

[38] F.R.C.P., Rule 52 (a).

[39] See *post*, pp. 2058-2060.

[40] Unfortunately, and confusingly, in England the word "judgment" is used in both senses.

There is, furthermore, a well established rule that even if error is found in the record, the Court of Appeals will not intervene unless the error is "prejudicial", and this is for the appellant to establish. It is not always easy to determine whether an error is "prejudicial" or "harmless",[41] but if it is clear that the error did not affect the substantive rights of the parties it will be disregarded and the decision will be affirmed.[42]

II. The "Impurity" of Appeals

The most important matter for consideration here is the extent to which "new" evidence or proofs —evidence or proofs which for one reason or another were not available to the court of first instance— may be taken into account on appeal. A "pure" appeal calls for fresh adjudication of the questions of which the court of appeal is seised at second or subsequent instance,[43] and this, in principle, requires that the same procedures —including those for informing the court with regard to the facts— shall be used on appeal as were used at first instance. As will appear, a *novum judicium* in that sense is more easily achieved where the court of first instance reaches its decision after a distinct process of "instruction" than where, as in the common law, it does so at the end of a "trial" at which oral testimony —the principal and preferred "mode of proof" of the common law— is given in the presence of the judge (or judge and jury) to whom the decision is entrusted.[44]

[41] See *e.g.*, Traynor, *The Riddle of Harmless Error* (Columbus, 1970).

[42] F.R.C.P., Rule 61.

[43] If a court seised of an appeal decides an issue in the litigation which has not previously been decided at first instance it acts, *pro tanto*, not as a court of appeal but as a court of first instance. In some countries, notably Belgium and France, the possibilities for a court of appeal to act in this way have nevertheless been expanded in recent years, mainly, it seems, in the interests of economy; the court is enabled to dispose of the case once and for all. For Belgium, see C.J. arts. 1068, 1069 and Fettweiss, *op cit.*, n. 30, nº 827. For France, see n.C.p.c. arts. 562, al. 2, 568 and Vincent et Guinchard, *op. cit.*, n. 15, nº 949 bis. For critical appraisal see Vincent, "Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile", 1973, D. Chron. 179. Though an element of "impurity" in the appeal, this development does not impinge upon the subject matter of this paper.

[44] Modern English civil procedure does make greater use of documentary material than in the past, but it is still true that the emphasis remains on the oral examination and cross-examination of witnesses in open court and in the presence of the judge who will make the decision.

1. *Civil law*

In some countries the appeal remains relatively "pure". The procedure, especially in its most important part for present purposes —the instruction— follows the pattern of the instruction at first instance and there is no restriction on the admission of new proofs. This is the case, for example, in Belgium and France [45] and it is also to some extent true in Italy.[46] In a number of other countries, however, including Mexico, a court of appeal may admit new proofs only if certain conditions are fulfilled. The conditions are not, of course, stated in identical terms everywhere, but in general they require that the omission at first instance of the proofs in question must not be attributable to any fault or lack of adequate preparation on the part of the litigant seeking their admission on appeal.[47]

From this point of view the Federal Republic of Germany presents something of a special case. There, traditionally, the appeal has been held to involve a complete re-examination of the whole case with all that involves, including freedom for the parties to offer new proofs. In practice, however, it seems that this led to a wide-spread opinion not only that the proceedings at first instance were, in a case of importance, merely preliminary to those on appeal, but also that the parties' main effort in relation to proof should be reserved for the appellate stage.[48] In 1976, therefore, and as part of a wider reform intended to simplify and expedite litigation, certain rules of preclusion for the admission of proofs on appeal were introduced.[49] It appears, however, that the court of appeal may still admit new proofs if it is satisfied that to do so will not cause delay in bringing the proceedings

[45] For Belgium see C.J. art. 1942; for France see n.C.p.c., art. 910.

[46] Although it is provided that in the absence of incompatibility or express provision to the contrary the procedure on appeal shall be as at first instance (C.p.c., art. 359) and that new proofs may be admitted on appeal (*ibid.*, art. 345, comma 2), the power of the court to admit new evidence is discretionary, is restrictively interpreted by the jurisprudence and is exercised by the full court, not by the *giudice istruttore* alone: Liebman, *op. cit.*, n. 15, nº 322; Carpi, Colesanti and Taruffo, *Commentario breve al Codice di procedura civile* (Padua, 1984), comment 7 to art. 345; Varano, "Appellate Proceedings in Italy" (1977) LXXXIX *Studi Senesi*, 359, 379. Between 1942 and 1950 new evidence was admitted on appeal only in special circumstances, and this is still so for appeals in labour cases: C.p.c., art. 473.

[47] *E.g.*, Austria, ZPO nº 482; México, Código Federal de procedimientos civiles, art. 253; México, Código de procedimientos civiles para el D.F., art. 708; Spain, L.E.C., art. 862.

[48] Gilles, *loc. cit.*, n. 21, at pp. 150, 154.

[49] Vereinsfachungnovelle, 1976. See now ZPO # 528.

to a conclusion. The element of "impurity" introduced in 1976 is thus relatively slight.

It may be that in countries other than Germany in which the admission of new proofs on appeal is restricted, one of the objects of the restrictions is, as it is in Germany, to prevent a kind of degradation of the proceedings at first instance. Their effect is, however, inevitably to deprive the appeal, at least partially, of its character as *novum judicium*. As is actually spelled out in the Mexican Federal Code of Civil Procedure,[50] save in the special cases in which new proofs are admitted, the court of appeal must confine itself to the appreciation of the facts as they have been proved at first instance. In short, the element of "impurity" introduced by the restrictions makes of the appeal in most cases little more than a *revisio prioris instantiae* and perhaps, even, no more than an examination of the complaints of the appellant and of the respondent on a cross-appeal against the decision at first instance.[51]

2. *Common law: England*

In the mid-nineteenth Century the structure of the courts and the system of civil procedure were completely reformed and reorganised.[52] A single Court of Appeal, which may sit in more than one Division, was created, and above the Court of Appeal there stands the House of Lords. The procedure before both is, in principle, intended to be that of appeal, not cassation, and the writ of error no longer exists. For the Court of Appeal it is enacted both that "an appeal to the Court of Appeal shall be by way of rehearing" [53] and that the court of Appeal "shall have all the authority and jurisdiction of the court or tribunal from which the appeal was brought." [54] As for the House of Lords, its task is to "determine what of right, and according to the law and custom of the realm, ought to be done in the subject matter of the appeal." [55] It would be difficult to find a more extensive legislative formula than that. The fact is, however, that the English appeal is unquestionably "impure". For this there are at least two reasons:

i) "New" evidence. Both the Court of Appeal and the House of

[50] Art. 256.

[51] Fix-Zamudio and Ovalle Favela, "Derecho procesal" in *Introducción al derecho mexicano*, II México, 1981, pp. 1251, 1820.

[52] Supreme Court of Judicature Acts 1873-1875. Now Supreme Court Act 1981.

[53] Rules of the Supreme Court (hereafter "R.S.C."), O. 59, r. 3.

[54] Supreme Court Act 1981, s. 15.

[55] Appellate Jurisdiction Act 1876, s. 4

Lords have a discretionary power to admit new evidence and, so far as the legislation itself is concerned, the discretion is unfettered if the new evidence relates to matters ocurring after the trial has been concluded. Otherwise "special grounds" are required.[56] Case law has, however, not only given a specific meaning to "special grounds" by laying down particular conditions that must be fulfilled, but with the general objective of securing the finality of decisions at first instance,[57] has limited the discretion for all cases. Broadly speaking, the conditions imposed are similar to those found in the legislation of other countries which restrict new evidence on appeal,[58] but even where the evidence relates to matters occurring after the trial it must, if it is to be admitted, be such as to affect substantially a basic assumption on the validity of which the judgment below depends.[59]

ii) No rehearing of oral testimony. In one most important respect the procedure on appeal differs from that at first instance, namely that witnesses who have given oral testimony at the trial do not appear again in person at the appeal; so far as the oral testimony is concerned the Court of Appeal and the House of Lords have only a written transcript of what the witnesses said under examination and cross-examination at first instance. This has a profound effect on the character of the appeal so far as questions of fact are concerned. Indeed, for some time after the Court of Appeal was first created, the view was taken that the decision on a question of fact of a judge sitting alone at first instance should be regarded as if it were the decision of a jury and therefore sacrosanct save in very exceptional circumstances. Now, however, it is accepted that the court is a court of appeal on fact as well as on law,[60] but it is emphasised that, while it is a "rehearing", it is a rehearing on the transcript of the oral testimony given at the trial, not on oral testimony given di-

[56] R.S.C., O. 59, r. 10(2). The discretion is unfettered on interlocutory appeals, but oral evidence is scarcely used in interlocutory proceedings.

[57] The maxim *interest reipublicae ut sit finis litium* is sometimes cited. *E.g., Brown* v. *Dean* [1910] A.C. 373, 374.

[58] See, e.g., the leading case of *Ladd* v. *Marshall* [1954] 1 W.L.R. 1489. Not only must it not be through the fault of the applicant that the evidence was not available to the court of first instance, but the evidence must be such as would probably have an important influence on the outcome of the litigation and it must be apparently credible. If new evidence is admitted and in consequence it appears that a rehearing of the witnesses who had already testified at the trial is necessary, this will not take place before the Court of Appeal. A new trial will be ordered.

[59] *Mulholland* v. *Mitchell* [1971] A.C., 666.

[60] *E.g. Powell* v. *Streatham Manor Nursing Home* [1935] A.C. 243, 256.

rectly before the court. This has led to recognition of a distinction between two kinds of question of fact: there are questions of fact to the solution of which the opportunity possessed by the judge of first instance —but not by the court of appeal— to observe the demeanour of the witnesses as they give their evidence is important and there are those to which it is not.[61] This is close to, if not identical with, the distinction between questions which turn on the credibility or reliability of witnesses and those which do not. It is, to put it no higher, exceedingly unlikely that an appellate court in England will vary the judge's answer to a question of the former category, and in this respect English practice resembles quite closely the practice in the United States after trial by judge alone,[62] notwithstanding that in England the appeal is, ostensibly, a "rehearing" while in the United States it is denied that what is there called an "appeal" constitutes a retrial. In other respects the English appeal is certainly wider than the American,[63] but in the nature of things it can be a true *novum judicium* only in those cases in which no oral testimony was given at first instance and such cases, though not today inconsiderable in number, make up only a small proportion of the whole.

III. "Public" and "Private" Purposes

It seems reasonably clear that procedures in the nature of cassation —procedures in which the proceedings and decision at first instance are attacked and which can result only in the affirmation or the annulment of the decision, not its replacement— emerge earlier in the development of a legal system than do procedures in the nature of appeal. So far as England is concerned, as has been mentioned, the common law did not adopt the appeal until the reforms of the nineteenth century and until then knew only the writ of error, but even before the writ of error it developed the "writ of attaint", a procedure whereby the jury itself was charged with dishonesty,[64] and Maitland,

[61] *Watt* v. *Thomas* [1947] A.C. 484; *Benmax* v. *Austin Motor Co. Ltd.* [1955] A.C. 370. See Goodhart, "Appeals on Questions of Fact," (1955) 71 L.Q.R. 97.

[62] *Ante*, p. 2055.

[63] The English Court of Appeal will not normally alter the decision of the judge of first instance reached in the exercise of a discretion, but it can and does substitute its own decision on a wide variety of questions not only of law but of mixed law and fact and of fact alone.

[64] See Holdsworth, *op. cit.*, n. 8, 337-342.

the great historian of English law, has pointed out that the concept of a complaint against a judgment which is not an accusation against the judge is not easily formed.[65] In France where, perhaps because of the greater influence of Roman law, the appeal came earlier, it was not until the seventeenth century that the judge of first instance ceased to be a necessary party to subsequent proceedings.[66]

That this should be so is natural enough, at least if it is accepted that the original and fundamental purpose of the entire structure of civil litigation is to replace violent by non-violent methods for the settlement of disputes, if it is accepted that, in the words of Edouardo Couture, the civil action is "civilisation's substitute for vengeance".[67] On this basis it is essential that there should be the widest possible confidence in the process of adjudication, and while this must be principally achieved through the design of that process itself, more is likely to be required. So, for example, it is one thing to entrust decisions of fact to a jury —as happened in England— and to insist that the jury's verdict be accepted as final; it is an altogether different thing to deny the right of challenge even on the ground that the jury deliberately gave a false verdict, and the writ of attaint enabled the jury's honesty to be put in question.[68] A similar point can be made about the writ of error and other forms of "pure" cassation, most obviously when complaint is made of error *in procedendo*, but also when complaint is made of error *in judicando*: a decision should no more be forced upon the parties and publicly upheld if it was reached by the erroneous application of the law than if it was reached following proceedings that were procedurally defective only through correct or at least consistent application of the law can equality of treatment be secured and be seen to be secured.

If this is right, then it may well be that the original reason for giving some scope to the private initiative of the disappointed party

[65] Pollock and Maitland, *History of English Law before the Time of Edward I*, ed. 2, Cambridge, II, 1898, p. 668.

[66] Esmein, *Histoire de droit français*, ed. 4, Paris, 1901, p. 428, citing Pothier, *Traité de procédure civile*, nos. 352, 353. In the Mexican *amparo-casación* the court whose decision is attacked is still, at least theoretically, a party to the proceedings: Ley de Amparo, art. 5; Fix-Zamudio, *op. cit.*, n. 9, p. 389.

[67] "The Nature of Judicial Process" (1950) 25 *Tulane Law Review*, 1.

[68] The earliest juries, composed of neighbours, were expected to reach their verdicts on the basis of their own knowledge of the circumstances. Only gradually did it become the rule that juries must decide exclusively on the evidence presented to them in open court: Holdsworth, *op. cit.*, n. 8, 330-337.

to litigation was, as Calamandrei said,[69] to put it to the service of the wider interest of society, in this case the maintenance of confidence in the process of adjudication. The later inclusion of other "public" interests or purposes such as securing consistency in the interpretation and application of the law, the clarification of the law and even the development of the law, is not inconsistent with that. The appeal, on the other hand, is not at first sight directed to such "public" purposes at all but to the "private" purpose of improving the quality of the decision itself as it affects the actual parties to the litigation before the court. It has, indeed, even been suggested that the appeal may reduce rather than promote confidence in the system of adjudication: "to put before a second judge a case which has already been decided by a first is deliberately to cast suspicion on the administration of justice." [70] It is not, however, necessary to go so far as this to see something new in the emergence of the appeal, namely, recognition by a legal system that the decisions of its courts should not only be accepted as finally determinative of the disputes litigated before them but that those decisions should in some, no doubt ill-defined, sense be correct.[71]

This makes it appear not only that cassation and appeal are different and distinct procedural institutions, but that each exists to meet different kinds of social purpose —the one "public", and the other "private". Such is, indeed, the classical opinion, confirmation of which is not difficult to find even in some modern legislation. The Italian law on court organisation, for example, states that, as the supreme court, the Court of cassation "assures the exact observance and the uniform interpretation of the law, the unity of national law...",[72]

[69] *Ante*, pp. 2047-2048.

[70] Esmein, *op. cit.*, n. 66, transl. author. As Esmein enquires, "if the first judge could have made a mistake, why should not this also be true of the second?" Even so, it may be suggested that the availability of an appeal today contributes more than it detracts from public confidence in the administration of justice. See e.g. the (English) *Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure* (1953, London, H.M.S.O., Cmd. 8878) nº 473: "It would no doubt result in a considerable saving of costs if the right of appeal were abolished in all cases and the judgment of the Court of first instance were always to be regarded as final. But this is a course which has not found any serious advocate. The legal system of every civilised country recognises that Judges are fallible and provides machinery for appeal in some form or another...it would be palpably wrong to leave the defeated litigant entirely without remedy in all cases...or to deny him altogether the chance of appealing from a decision which leaves him smarting from a sense of injustice."

[71] See e.g. Gilles, *loc. cit.*, n. 21, 150.

[72] R.d., 30 January 1941, n. 12, art. 15.

but it says nothing of the rights of the parties: those are the concern of the courts of first instance and of appeal. It is, however, doubtful whether this simple view was ever completely accurate, and certainly it is not so today; matters are much more complex.[73]

A major source of this complexity is, of course, the "impurity" which, as has been briefly sketched in this paper, now infects both cassation and appeal so widely. Cassation, even where there is also appeal, now often enters into the facts of the cases under consideration and looks to the private interests of the parties —a "humane" conception of the court of cassation which can no longer allow a perceived error to go uncorrected[74]— while the appeal, by its restrictions on "new" evidence and, in common law countries, by limiting itself to a transcript instead of having the witnesses before it in person, is correspondingly less of a *novum judicium* concerned only with the "correct" resolution of the parties' dispute. Indeed, in common law countries such as England, where the highest as well as the intermediate level of jurisdiction is a jurisdiction of "appeal" not of "cassation" and where the decisions of the courts are themselves recognised as authoritative sources of law, the need for the appeal to meet the "public" purposes of unifying, clarifying and developing the law is manifest.[75] The House of Lords, for example, decides only about 50 civil cases in each year and its proceedings are both elaborate and exceedingly expensive: no one could sensibly suggest that the appeal to the House of Lords exists only to protect the "private" interest of the parties to the few cases that come before it.[76]

[73] It is of interest to compare Vincent et Guinchard, *op. cit.*, n. 15, with the previous, 19th, edition of 1978 (by Vincent). The latter gives the traditional account of the Court of cassation: its role is to achieve unification in the interpretation of the rules of law; it does not examine the facts but must accept them as they appear in the judgment under attack; having no power to substitute its own decision, when it quashes a decision it remands the case elsewhere. The later edition, in contrast, states that the court does not have as its sole objective the interests of the parties but is concerned also with the general interests of society: ed. 20, no. 1023.

[74] Mazeaud, Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n. 20, 473.

[75] So, for example, while it has been provided recently that, in the interests of economy, the Court of Appeal may sometimes be constituted by two judges instead of the traditional three *(ibid.*, s. 54), it is recognised that a three judge court should sit if the questions raised are of "general importance": Statement of the Master of the Rolls (who is President of the Court of Appeal in England), [1982] 1 W.L.R., 1312, 1319.

[76] Since the Administration of Justice (Appeals) Act 1934 leave to appeal to the House of Lords is always necessary. No criteria for the grant of leave are laid down, but in general leave is only granted if a point of law of importance is raised.

So much is, of course, not infrequently acknowledged, though rarely in actual legislation, and the position of the House of Lords from this point of view is not in pratice so different from that of the Supreme Court of the United States which, today, will give extensive consideration only to cases held to involve important questions of law.[77] There is, however, no need to labour the point. In many countries, if not in all, it is impossible to continue to insist that what is called "appeal" and what is called "cassation" are quite different kinds of legal institution, each serving or seeking to serve different purposes in society. The "public" and the "private" purposes of the entire legal system are served indiscriminately by both, and if it continues to appear in some systems that "cassation" looks more to the "public" purpose than does the "appeal", this is because the procedure in the highest court is there a procedure of "cassation". It is the level in the judicial hierarchy, rather than the description of the procedure employed, that most affects the proportions in which the "public" and the "private" purposes are combined.

As already suggested, many of the changes which have produced the "impurity" of cassation and of appeal have been introduced with no more profound an intention than that of reducing the time and cost involved in taking litigation through all its stages to final judgment. It is, of course, essential that everything possible should be done to improve procedural economy, but it is also essential that consideration be given to the question —a question usually asked and answered in the vaguest of terms, if at all— just what is it that should be done more cheaply and more quickly? [78]

That question goes wider than the subject matter of this paper for it extends also to proceedings at first instance and to the current tendency in many countries to enhance the powers of the judge at the expense of the dispositive powers of the parties. It is, however, also necessary that thought be given to the role of proceedings subsequent to those which led to the original adjudication, whether they be in the nature of "appeal" or "cassation" or a mixture of the two. No longer can it be assumed that the roles of "appeal" and "cassa-

[77] Exceptional cases apart, the Supreme Court of the U.S. will hear an "appeal" from a Court of Appeals only if there are "special reasons": Supreme Court Rules, Rule 19 (1). This means, in practice, that it will do so only if, in the opinion of at least four Justices of the Supreme Court, there is an important question of law involved.

[78] See Jolowicz, "'General Ideas' and the reform of civil procedure" (1983) 3 Legal, Studies 295.

tion" are distinct. It must be re-emphasised that, exceptional cases apart, the initiation of any form of legal proceedings once an initial decision has been made depends upon the exercise of a right —a procedural right— possessed by a person affected by the decision in question, and that person is far more likely than not to be motivated by self-interest. Even if future reform is directed primarily to the achievement of economy, the reasons why that self-interest should be indulged calls for consideration as do the objectives and limitations of the various forms of recourse which that self-interest may set in motion.

IV. Concluding observations

It is the principal object of this paper to argue the need for legal scholars to give fresh thought to the role and function in their legal systems of the procedures for recourse against original decisions, not to suggest what the outcome of their reflections ought to be. Much depends on the social, economic and political environment in which a legal system has to operate, and pragmatic considerations cannot be excluded. Nevertheless some general observations may be offered at this point.

1. *The Variables*

The developments mentioned in this paper indicate that between "pure" cassation on the one hand and "pure" appeal on the other there lies not a sharp cleavage but a range of intermediate positions. The place of a particular procedure within this range depends essentially upon two factors, namely, first, the nature of the outcome to which it may lead and, secondly, the nature of the questions to which the court's attention may be directed. The first of these concerns essentially the basic distinction between the power (or duty) of the court to replace a decision found to be defective with a fresh decision of its own and the power (or duty) only to annul. The second is conventionally linked to the distinction between questions of fact and questions of law, but that distinction has proved itself in practice to be a most uncertain guide: it has become, in effect, little more than a form of words used to distinguish between questions which, in a given procedure, may be reopened after decision at first instance and questions which may not. In the actual structure of a legal system

both these factors operate in conjunction, but it is convenient to separate them for the purposes of discussion.

2. *The "Right" to decide*

It is widely agreed that the right to decide which is necessarily possessed by a court of first instance or other adjudicating authority must be respected at least to the extent that subsequent proceedings should be the exception rather than the norm. Even where a "pure" appeal is open the appellant must normally show some reason why the original decision should not be left intact.[79] Further, and more importantly for present purposes, it is almost invariably the case that where a serious procedural error has occurred, the original decision is quashed, not replaced, and the case remanded whence it came for fresh decision: this is so whether the error is established in a court of "appeal" or a court of "cassation". The conclusion is not that the original decisión was wrong but that it must be annulled: no valid original decision has been made and one must be made by the jurisdiction whose right or duty it is to make it.

Error *in procedendo* does not, therefore, ordinarily deprive the original jurisdiction of its right to decide. Error *in judicando*, on the other hand, may do so and does do so whenever the erroneous decision is replaced in the superior court. Conversely, where the superior court can only quash for error *in judicando*, the consequence is to preserve the original jurisdiction's right to decide.

As, it is hoped, appears from the earlier part of this paper, it is no longer possible to regard this outcome as a mere by-product of the distinction still nominally retained by so many legal systems between courts of "cassation" and courts of "appeal": too many of the former now have the power in certain circumstances to replace defective decisions with decisions of their own. It is, however, still the case that against certain decisions the only available form of recourse for error *in judicando* can lead only to the annulment of the erroneous decision, notwithstanding the economies that would be achieved if a final decision could be given there and then rather than

[79] This is without prejudice to the question whether the court is or is not restricted to consideration of the points raised by the parties as grounds of appeal or cross-appeal. In England an appellant must state the grounds of his appeal, but the Court has a discretionary power to admit additional grounds as well. R.S.C., O. 3(2) and 3(3). In Mexico only the stated grounds of appeal and cross-appeal will be considered: Fix Zamudio and Ovalle Favela, *op. cit.*, n. 51, p. 1320. In Germany action has had to be taken to try to restore the authority of first instance decisions: *ante*, p. 2057.

remand the case elsewhere. Is any explanation available of the value that is thus apparently placed, where this is so, on preservation of the right of the original jurisdiction to dispose finally of the cases that come before it?

A complete answer to this question would require extensive comparative research, but it is believed that a preliminary answer is possible within the compass of this paper, for it appears that, by and large, it is only when litigation starts and finishes within a single judicial hierarchy that the decision of a lower court can be replaced by a superior; when the decision emanates from an external adjudicative authority as is the case, for example, with an "administrative" decision, it may be quashed, but then the case is remanded, not decided, by the court before which it comes. So, notwithstanding the absence of the word from English legal terminology, the English procedure of the "application for judicial review" retains the characteristics of "pure" cassation: the court may quash but it may not replace the decision of an administrative authority. Similarly in Mexico the federal jurisdiction, seised by amparo of the decision of a state court, may quash that decision for error *in judicando* but if it does so the new decision is made in the state not the federal jurisdiction.

Dr. Fix-Zamudio justifies this feature of Mexican federal jurisdiction in part by reference to the necessity for a central court which will unify the decisions of local courts "siendo artificial nuestro federalismo",[80] but this is not to say that Mexican federalism is nonexistent. The Supreme Court may exercise control over state courts, but it is not their direct hierarchical superior. It is, as is acknowledged by the relative "purity" of the *amparo-casación* against their decisions, for the state courts to pronounce the final judgment in litigation started in those courts and their right to decide is preserved.

A similar point can be made for the English "application for judicial review" and probably also for procedures in other countries which enable administrative decisions to be brought under scrutiny in the ordinary courts: it is the administrator, not the judge, on whom the power of decision is conferred and this, it may be presumed, is because for such cases it is the training and experience of the administrator, not the training and experience of the judge, which is thought to be appropriate —appropriate not only for determining what are the basic or "primary" facts but also for drawing any necessary inferences of

[80] *Op. cit.*, n. 9, 127.

fact and for the evaluation of the facts. The administrator's right of decision must be and is preserved.[81]

Matters stand quite differently, however, where the case is confined within a single hierarchy, for then the judges at all levels have had similar education, training and professional experience. Except for cases tried by jury in common law countries[82] —in which case a superior court may quash but may not replace the verdict— there is no obvious advantage in preserving the right to decide of the court of first instance. On the contrary, to the extent that the judges of the superior courts are as well placed in relation to the materials upon which the decision must be based as are those of the inferior to form their own opinions on the matters in dispute, their greater experience provides an additional advantage over and above the economies that are realised if they are permitted to dispose finally of the case rather than remand it for further consideration elsewhere. To insist that a court of "cassation" must always remand for no better reason than to preserve the right to decide of a lower court in the same hierarchy is, in modern conditions, little more than pedantry.

3. *The Nature of the Questions*

In a "pure" appeal all the questions raised at first instance are capable of being reopened whether they are classified as questions of law or of fact. In a "pure" cassation, on the other hand, it is accepted dogma that only questions of law may be raised. As has already been mentioned, the much-used distinction between questions of fact and questions of law is so fluid and imprecise that it has come to be little more than a formal justification for excluding certain mat-

[81] So for example, while the French Court of cassation may determine for itself the qualification of the facts, the Conseil d'Etat, when acting as a court of "cassation", may not: *ante*. n. 15. A similar point can be made with reference to any specialist "tribunal", especially if, as may be the case, an "appeal" lies to an equally specialist appellate body. For recent English recognition of this, see *R.* v. *Chief Constable of the Merseyside Police, ex p. Calvely* [1986] 2 *W.L.R.* 144.

[82] It is of interest that in the Soviet Union, where there is regular lay participation in the decision at first instance, there is no "pure" appeal but only a "cassatory appeal". The superior court must consider all aspects of the case and may replace a defective decision with a decision of its own if, but only if, it is satisfied that the facts have been correctly and completely found at first instance. Otherwise it must remand the case: Principles of Civil Procedure of the Soviet Union and the Union Republics, art. 46(4); Code of Civil Procedure of the R.S.F.S.R., art. 306. English translations by Kiralfy in, respectively, Simons (ed.) *The Soviet Codes of Law* in XXIII *Law in Eastern Europe* (Alphen aan den Rijn, 1980, 543-680) and Szirmai, *Miscellanea* in VII *Law in Eastern Europe* (Leyden, 1963, 299-317).

ters from reconsideration in certain forms of procedure.[83] This is not to say that no question can ever be classified as of law or fact, as the case may be, but when the distinction is used to describe the limits of a particular form of recourse as it operates in practice it conceals more than it reveals.[84] The problem of defining these limits is, perhaps, better approached by separate consideration of forms of recourse which do and those which do not include as one of their objectives preservation of the "right to decide" of the original adjudicative authority.

A. The Right to decide preserved

Errors *in procedendo* apart, the right to decide is, of course, best preserved by allowing the original decision to stand. It should not, therefore, be annulled unless there are cogent reasons for doing so. Such reasons include, but are not restricted to, simple instances of disregard or misinterpretation of the applicable law. In particular, while both the determination and the appreciation of the facts belong to the original adjudicator, his decisions of fact or of mixed fact and law may be so extreme, so "unreasonable", that they must be annulled. In England, for example, an administrative decision will be quashed if it is "so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it",[85] and in France an administrative decision will be annulled for "manifest" error or lack of "proportionality".[86] The question of the unreasonableness of a decision may be equated to a question of law by a variety of technical devices, but to do this is to do no more than restate in different words that the question is open in the superior court. What is of practical importance is that that court will annul a decision in extreme cases, but will not do so merely because its judges, had the right of decision belonged to them, would have come to a different conclusion.

[83] *Ante*, pp. 2051-2052, 2064-2065.

[84] See Jolowicz, *loc. cit.*, n. 10, pp. 134-137.

[85] *Associated Provincial Picture Houses Ltd.* v. *Wednesbury Corporation* [1948] 1 K.B. 223. A more modern statement is that a decision is "unreasonable" if it is one "which no reasonable authority acting with due appreciation of its responsibilities would have decided to adopt:" *Secretary of State for Education* v. *Tameside Metropolitan Borough Council* [1977] A.C., 1014. Note also the rule that a jury's verdict may be quashed if it is "perverse" *ante*, p. 2052.

[86] E.g. *Grassin*, C.E. 26 oct. 1973, Rec. 598; *Librairie François Maspero*, C.E., 2 nov. 1973, J.C.P., 1974, I.17642. Note Drago.

B. Right to decide not preserved

Here, if what has been said earlier is correct, there is no reason of principle why the opinions of the superior court should not replace those of the inferior where there is a difference between them. The important qualification to this is that the superior court should be as well placed in relation to the materials on which the decision is to be based as was the inferior. This qualification is met where the question at issue is of pure law, but otherwise it depends on a number of factors of which the two most important are, first, whether the superior court receives the evidence or proofs in the same form as did the inferior and if not whether the difference in form is significant in the circumstances[87] and, secondly, whether the superior court is entitled to receive "new" evidence.[88]

The extent to which either or both of these factors operate in a given system is, no doubt, in part a result of history and tradition. It is, for example, the emergence of the jury that is ultimately responsible for the common law's preference for oral testimony at the trial and thus for the modern rule that questions of fact dependent upon an assessment of a witness' credibility cannot be reopened in the English Court of Appeal even if there was no jury at first instance. Similarly, given its long history as a court of "pure" cassation, it may be expected that the full effects of the recent acquisition by the French Court of cassation of power to pronounce final decisions will not be felt for some time. Subject to this, however, it seems that considerations of a pragmatic character are as influential as those of principle in determining the extent to which a particular form of recourse in a particular court places that court in the same position as the court below in relation to the materials on which a decision will be based.

One such consideration is, no doubt, the need to maintain the authority and the finality of the decision at first instance in all save a minority of cases and this, as the German experience shows, may be put at risk by over-emphasis on the appeal as a complete reconsideration of the entire case.[89] Another, to which great weight is

[87] Hence the Anglo-American insistence that even after trial by judge alone the judge's assessment of a witness' credibility must be respected: *ante*, pp. 2055, 2058-2060.

[88] Where "new" evidence is admitted the superior court may actually be better placed than the inferior, in which case, *a fortiori*, it should be entitled to substitute its own decision for that of the inferior court.

[89] *Ante*, p. 2057.

attached in many countries at the present time, is, of course, the need for economy not only in the direct cost to litigants or to publicly funded sources of legal aid but also in judicial resources; it is, indeed, not uncommon to find the right of appeal excluded in cases of small monetary value or that an appeal is allowed only on a question classified as one of law; this may be achieved either by explicit legislation to that effect or by excluding 'appeal" while allowing "cassation". Obviously a recourse limited to questions of law, however imprecise that terminology may be, is much less expensive than one under which questions of fact are also open. It is true that some measures of reform aimed only at improved economy may be introduced without significantly changing the character of the recourse affected, as is currently being attempted in England,[90] but the long term consequences of such reforms will not be known until some years after their introduction and it is to be expected that comparative study will continue to show considerable variations from one country to another, whether such variation is the outcome of deliberate intention on the part of the legislator or not. Though "pure" appeal and "pure" cassation are in the process of disappearing where there is no need to preserve a particular adjudicator's "right to decide", different procedures will continue to occupy different places in the range between the two extremes.

V. Endpiece

It is, probably, only of the recourse "in the interest of the law", where it exists, that it can be said that it serves only a "public" purpose: it can be engaged only by a public official and its outcome does not affect the rights and obligations of the parties as determined by the decision which is its subject.[91] Even the Review by way of Supervision of the Soviet Union and other East European countries which, too, can be engaged only by a public official, in-

[90] In addition to the reduction from three judges to two *(ante,* n. 75) a variety of methods for simplifying and accelerating the procedure are being tried. See Blom Cooper, "The Changing Nature of the Appellate Process" (1984) 3 C.J.Q., 295.

[91] *E.g.,* France, n.C.p.c. art. 618-1; Loi no. 67-523 du 3 juillet 1967, art. 17. México, Ley de Amparo, art. 185 Bis; Belgium, C.J. arts. 1089, 1090; Italy, C.p.c. art. 363. Nowhere, however, does it seem that it is much used. In light of the emphasis on "special reasons", perhaps the recourse to the Supreme Court of the United States serves only "public" purposes *(ante,* n. 77) but the initiative of a party is required and the Court does not always refrain from considering questions which are essentially of fact.

volves the parties in its proceedings and its outcome affects their rights and obligations.[92] So far as is know, all other procedures depend on party initiative for their engagement and all, to a greater or lesser extent, serve both "public" and "private" purposes.

The extent to which "public" or "private" purposes predominate in a given procedure —and which specific "public" purposes— depends on a number of different factors. The level within the hierarchy of the court seised of a recourse has already been mentioned, as has the nature of the questions open for reconsideration: the further a procedure is removed from the "pure" appeal, the greater the weight apparently attached to matters of public interest such as the interpretation, clarification, and development of the law. It must not be overlooked, however, that in practice a very great deal depends also on the relative ease with which a disappointed litigant can exercise a right of recourse and its predictable cost or financial risk. It is, perhaps, not inappropriate that there should always be some disincentive to the use of a right of recourse even where the predominant purpose is to secure the private interests of the parties because of the pervading "public" interest in the finality of litigation and the need for economy of judicial resources, but subject to this the disincentive here should be no stronger than can be helped.[93] On the other hand, where the predominant purpose of a recourse, whether nominally of "cassation" or of "appeal", is to serve the "public" interest, where, to repeat Calamandrei's words, the state makes use of the private, self-interested initiative of the disappointed party by putting it to the service of the wider interests of society,[94] choice of the right level of disincentive is critical: those interests will suffer if it is too low and also if it is too high.

[92] For a brief description of these procedures see Stalev, "El Proceso Civil en los Estados Socialistas" (Trans. Santiago Oñate L.) *op. cit.*, n. 4, 167, 207-210, where it is actually stated that "La revisión tiende a la defensa tanto del interés público como de los intereses reales de las partes..."

[93] The principle of double adjudication is now commonly denied in cases of less than a certain monetary value. So, in France, no appeal lies in a case worth less than 13,000 Francs and in England leave is required for an appeal from a County Court (whose jurisdiction is limited to cases of less than a certain monetary value) if the value of the case is less than one half of the jurisdictional limit of the court. This technique is unfortunate: whatever monetary limit is chosen, the sum of money in question will be significant to many litigants and potential litigants. Nor is it satisfactory to restrict appeals to "questions of law" as is not infrequently done in England: a decision which is wrong on its facts is no less unjust to the parties than one which is wrong in law.

[94] *Op. cit.*, n. 10.

In many countries the right of recourse by way of "cassation" to the highest court in the judicial hierarchy is valued more highly or, at least, is better protected by the positive law, than is the right of "appeal". In Italy it is actually enshrined in the Constitution[95] and in France it can be removed, if at all, only by parliamentary legislation.[96] The procedure on cassation is also relatively inexpensive and, in light particularly of the present willingness of the court to enter into the facts, the result has been to create a case-load of unmanageable proportion: [97] in 1978 the French Court of cassation, exclusive of its Criminal Chamber, disposed of nearly 9,000 cases [98] and the Italian in the previous year of over 7,000; [99] but notwithstanding this productivity, the number of cases pending in each court at the end of the year was greater than at its beginning. Some of these cases can be dealt with rapidly by use of an abbreviated form of procedure,[100] but even so there is no disrespect to the distinguished judges of those courts in the suggestion that they do not always have the time for reflexion which the questions they have to resolve will frequently require.[101]

A converse situation exists in the case of some final courts of appeal such as the House of Lords in England where, for a variety of reasons including the elaborate nature of the procedure and its extremely high cost [102] the number of cases decided is very low: in

[95] Art. 113.

[96] E.g. Bellet, "La Cour de cassation en France", *op. cit.*, n. 29, 193, 197. Cassation is available only against decisions against which no appeal is possible, i.e., usually, decisions of a Court of Appeal. The absence of a right of appeal does not however, exclude cassation so that a litigant defeated in an action worth less than 13,000 Francs (*ante*, n. 93) can proceed directly to the Court of cassation. Comprehensible when French cassation was "pure", this now seems paradoxical.

[97] Tunc, "Synthèse", *op. cit.*, n. 29, 5, 15.

[98] Vincent et Guinchard, *op. cit.*, n. 15, 909.

[99] Sgroi, "Cour de cassation d'Italie", *op. cit.*, n. 29, 293, 306.

[100] In France, if it appears to the President of the Court or of the appropriate Chamber that the solution of a case is obvious, the case can be assigned to a court of three rather than the usual five judges: Code Judiciaire, art. L. 131-6 (Loi no. 81-759 du 6 août 1981).

[101] Tunc, "Journées d'Etudes sur la Cour Judiciaire Suprême". 1979, *Rev. int. dr. comp.*, 641. More time yet would probably be required by the judges if the proposal for more explicit reasoning in the judgments of the Court of cassation were implemented: Touffait et Tunc, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation". 1974. *Rev. tr. dr. civ.*, 487.

[102] Since 1934 leave to appeal to the House of Lords is necessary, but it does not seem that this is responsible for the very low number of appeals. The number was no higher before 1934. See Jolowicz, "Les décisions de la Chambre des Lords". 1979, *Rev. int. dr. comp.* 521, 522 and authorities at n. 8.

the case of the House of Lords it rarely exceeds 50 civil cases a year. This does, of course, mean that the judges of the House of Lords have adequate time for reflexion, but, however high the quality of its contributions to legal development, its opportunities to make those contributions are too few.[103] It is to the Court of Appeal, not the House of Lords, that English law looks for the majority of the authoritative decisions which are so important to its make-up and this in turn has consequences for that Court by enhancing the "public" aspect of its proceedings at the expense of its role in securing the interests of the parties to litigation themselves.

In the article cited earlier[104] Dr. Fix-Zamudio urges reforms of the Mexican *amparo-casación*, reforms aimed at its modernisation and its adaptation to the needs of modern civil procedure. Since that article was written a number of modifications to the Ley de Amparo have been introduced. It is not for a foreigner to predict what will be the outcome of those modifications, but this is an age of procedural reform in many parts of the world and further changes are no less likely in Mexico than elsewhere. What is more, the tendency everywhere seems to be to concentrate largely on pragmatic considerations, to seek —justifiably, no doubt— more efficient and less expensive methods for the administration of justice. The question that most engages the attention of procedural reformers today is "How?" and that, of course, is a question that no practical lawyer can ignore. As it has been the intention of this paper to demonstrate, however, it is no longer true that the answers to "What?" and "Why?" can be taken for granted: it can no longer be assumed that different forms of recourse against decisions serve clearly distinguishable purposes and that the only question is how those purposes are best and most economically achieved. Scholars interested in procedural reform must turn their minds once more to the purposes which the institutions of their legal systems actually serve in modern conditions, and where, as is so often the case, it is found that a number of purposes not easily reconciled with one another are served by a single institution, they must consider which of those purposes should predominate before tackling the detailed methods of implementation of reform. "What?" and "Why?" are at least as important as "How?"

[103] It has been suggested that "half a century is not an unreasonable estimate of the time that is likely to elapse before a doubtful point is settled": Devlin, *Samples of Lawmaking*, (London, 1962) 14.

[104] *Loc. cit.*, n. 11, no. 128.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Planteamiento de la problemática.* II. *Jurisdicción constitucional.* III. *Derecho procesal y derecho constitucional.* IV. *Derecho constitucional procesal.* V. *Contenido del derecho constitucional procesal.* VI. *Estado de derecho y jurisdicción.* VII. *Los derechos humanos y la tutela jurisdiccional.* VIII. *Garantías del gobernado.* IX. *Situación actual.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

En pocas épocas de la historia se ha hablado y escrito más en relación con los derechos humanos; pero también conviene precisar que, en pocas épocas, igualmente, han sido tan menospreciados por lo que pudiera llamarse, *lato sensu,* el poder público, y es que en la raíz del problema está la trágica contradicción característica de nuestro tiempo: el inevitable crecimiento de las facultades del Estado, en función de su preferente atención a la satisfacción de las denominadas necesidades sociales, y la correlativa indefensión del gobernado, del administrado, frente a este desmesurado monstruismo estatal. Esta "administrativización" progresiva e inquietante, provoca un efecto paradójico en los regímenes de corte democrático (paradoja denunciada, entre otros, por el profesor hispano Jesús González Pérez).[1] y es que —en ellos— la libertad (socialmente entendida) es más restringida que en los regímenes autoritarios, precisamente porque la administración —en éstos— tiene mucho menor desarrollo.

Puede afirmarse, por consiguiente, que ese crecimiento desorbitado de la administración contemporánea adviene en una situación de doble vertiente: *a)* Por un lado, beneficia a los sectores populares, a los menos favorecidos, y *b)* por el otro, afecta a dichos grupos mayoritarios, al propio tiempo que a las personas desde el punto de vista individual, al reducir, cada vez en mayor grado, la esfera de libertad de los gobernados, que sufren una auténtica e insoportable "dirigibilidad admi-

[1] González Pérez, Jesús, "Arbitrariedad administrativa", en *Anuario Jurídico,* I, México, 1974, pp. 159 y 160.

nistrativa" en prácticamente todas sus actividades; pensemos en la enorme cantidad de trámites que hemos de cubrir en nuestra vida cotidiana y estaremos de acuerdo con lo anteriormente citado.

En la tesitura, ya no resulta tan importante, con serlo sin duda alguna, la incorporación de la libertad de acervo constitucional de los sistemas democráticos, sino la efectiva vigencia de esa libertad consagrada en el terreno práctico, y este terreno de la eficacia corresponde a la acción procesal, como triple camino para afirmar el derecho, para hacerlo valer mediante aquélla, y para solicitar su protección. "Caminante no hay camino, se hace camino al andar", decía mi paisano el gran don Antonio Machado.

A estos efectos son esclarecedoras las palabras del fundador de la escuela de derecho político puro,[2] al afirmar que si bien la idea de la legalidad conduce a restricciones de la democracia, debe ser mantenida para la realización de ésta, y que para ello se hace necesario instar todas las instituciones de control, que puedan asegurar la legalidad de la función ejecutiva. Y la primera de ellas es la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya competencia ha de extenderse en el mismo grado y medida en que los actos administrativos sean accesibles a influencias políticas.

Pero no sólo los actos administrativos individuales son susceptibles y necesitan de un control judicial, sino también las normas generales de los reglamentos, y especialmente las leyes, sin otra diferencia que el control de los primeros vendrá referido a su legalidad, y el de las segundas a su constitucionalidad. La suerte de la democracia moderna (prosigue Kelsen) depende —en gran proporción— de la correcta elaboración de un sistema de instituciones de control, y el control, concluye el enorme jurista vienés, incumbe a la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, el protagonismo de la acción procesal, del derecho de acción, tiene una muy notable consecuencia,[3] y es la cristalización de la tendencia hacia la publicización del proceso general (particularmente del civil) y la estimación del derecho de acción como un derecho subjetivo público, de carácter primordialmente constitucional, parangonable con el derecho de petición.[4]

[2] Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia* (trad. de Luengo Tapia y Legaz Lacambra), México, Edit. Nacional, 1974, pp. 106 y 107.

[3] Bidart Campos, Germán J., *Doctrinas del Estado democrático*, Buenos Aires, Ediar, 1961, pp. 298 y 299.

[4] Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1958, pp. 126 y ss.

Precisamente, el connotadísimo procesalista uruguayo Couture puso de relieve la trascendencia constitucional de las instituciones procesales (texto citado *supra*), iniciándose al propio tiempo el delineamiento de los perfiles de una nueva disciplina, es decir, del derecho constitucional procesal. La tendencia viene a culminar la secuencia investigativa del "procesalismo científico", iniciada, en el comienzo del último tercio del siglo XIX, por Bülow con su famoso concepto de la autonomía de la acción, verdadera revolución en los estudios procesales.

La dicotomía derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional viene dada en función de la consideración del derecho como un *sistema unitario-jurídico;* se postula —inclusive— la unificación de las ramas privada y pública.

Fix-Zamudio [5] señala la existencia de una separación, con fundamento histórico, en la que el derecho procesal civil era más o menos la guía, la directriz general, basándose en un mal entendimiento del *jus civile* romano como esencialmente privado, cuando no era así, como con razón sobrada afirma Tamayo Salmorán,[6] que enfatiza el aspecto público del *jus civile* romano. En definitiva, procesalistas y constitucionalistas andaban cada uno por su lado.

Sin embargo, la auténtica problemática reside en el encuentro de las dos disciplinas derecho constitucional y derecho procesal; hay una zona de confluencia, una verdadera zona fronteriza. Esto origina dos materias: derecho constitucional procesal y derecho procesal constitucional. El primero surge con Couture y el segundo con Hans Kelsen.

Enmarcado el problema, al menos en medida considerable, dada la dificultad temática, conviene precisar las correspondientes conceptuaciones teóricas. A ello vamos en el siguiente apartado. El cuestionamiento queda centrado en ver en qué consiste la jurisdicción constitucional.

II. Jurisdicción constitucional

Fix-Zamudio [7] indica que el primer aspecto a considerar es saber qué es la función jurisdiccional, cuáles son sus características. Desde luego, su misión sustancial es la resolución de los conflictos jurídicos por un órgano del Estado. La razón, diríamos con laconismo expresivo de ca-

[5] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra,* División de Estudios de Posgrado, UNAM, Curso 1983-1984.

[6] Tamayo Salmorán, Rolando, *Explicaciones de cátedra,* División de Estudios de Posgrado, UNAM, Curso 1982-1983.

[7] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit., supra.*

rácter azoriniano, fue evitar el empleo de la autodefensa y —al propio tiempo— proporcionar seguridad jurídica.

La palabra jurisdicción, *versus* Fix, es una palabra, un vocablo polivalente: sinónimo de poder, de competencia, de facultad estatal de resolver cuestiones competenciales.

Se ha pretendido distinguir la jurisdicción tanto de la legislación como de la administración. Es relativamente fácil su distinción de la legislación, aunque —posteriormente— la cosa se torne más compleja con la posibilidad creadora o integradora de los tribunales americanos; luego, la legislación ya no tiene, en exclusiva, la facultad de dictar disposiciones generales (su mayor signo distintivo antes), sino que hay que tener muy en cuenta esa actividad de los tribunales.

En cuanto a la administración y la jurisdicción, ambas aplican las normas, y ahí hay una posible fuente de confusión. Existen tres teorías:

1) *Organicistas.* Para esta posición todo lo que hacen los tribunales es tarea jurisdiccional, lo que constituye una supersimplificación, pues llevan a cabo otras labores (por ejemplo, de corte estrictamente administrativo).

2) *Subjetivas.* Esta postura conceptúa la jurisdicción como resolutora de los conflictos entre las partes.

3) *Objetivas.* Es postulante de la jurisdicción como una manifestación de la voluntad popular mediante los órganos del Estado para la resolución de los conflictos.

Alcalá-Zamora y Castillo,[8] en síntesis, muy cercana a lo magistral, detecta la presencia de cuatro elementos en la función jurisdiccional:

a) *Dos elementos de connotación eminentemente subjetiva,* a saber: partes y juez.

b) *Dos elementos de carácter primordialmente objetivo,* es decir, *el litigio,* conflicto cualificado de intereses en la clarividente conceptuación del gran Carnelutti, con su cualificación predeterminada por la oposición entre la pretensión de una parte y la resistencia de la otra, *y el proceso,* serie de actos, encadenados entre sí, para la resolución del litigio. En este sentido, el procedimiento es la forma, el aspecto externo, y el proceso la concatenación serial de actos abocados a la decisión del litigio.

Refundiendo los diversos aspectos, Alcalá-Zamora y Castillo,[9] des-

[8] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Proceso administrativo", en *Revista Facultad de Derecho,* núm. 51, UNAM, julio-septiembre, 1963, pp. 625 y ss.

[9] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso, 1945-1972,* México, UNAM, 1974, t. I, pp. 29 y ss.

criptivamente, define la jurisdicción como: la función desenvuelta por el Estado (gobierno), para: *a)* conocer, *b)* en su día decidir, y *c)* en su caso, ejecutar la sentencia firme, emitida con carácter imperativo, por un tercero imparcial, instituido por él (Estado), situado suprapartes, acerca de una o más pretensiones litigiosas, deducidas por los contendientes y canalizadas por el juzgador del correspondiente proceso, en el cual podían haber jugado algunas cuestiones preliminares o preparatorias.

La pretensión es una manifestación o exigencia de la voluntad para obtener un derecho presunto.

En el juez, la característica esencial es su imparcialidad. Pero ésta no concurre en los litigios administrativos, en los que la propia autoridad resuelve el conflicto. Y, respecto de la diferenciación entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, cabe dejar asentado que —en la primera— sencillamente no hay controversia.

El profesor Montero Aroca [10] define la función jurisdiccional como "la potestad, dinamante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes, y predeterminados por la ley, para realizar el derecho en el caso concreto, juzgando irrevocablemente y ejecutando lo juzgado para satisfacer pretensiones y resistencias".

Por último, Fix-Zamudio [11] entiende la función jurisdiccional como "una función del Estado (gobierno), que resuelve un conflicto de intereses contrapuestos, por un juez imparcial y predeterminado".

Montero Aroca distingue entre postestad jurisdiccional y actividad jurisdiccional, y le añade la diversificación de constitucionalmente estática y procesalmente dinámica.

Tratándose de un trabajo, modesto y elemental, como éste, creemos bastan las nociones anteriormente expuestas; pero conviene resumir, para no incidir en ambigüedades, las características distintivas de la jurisdicción:

a) Es una función pública.

b) Su finalidad es la resolución de controversias jurídicas, planteadas entre dos partes contrapuestas.

c) La resolución corresponde a un órgano del Estado.

d) La decisión es imperativa y desde una posición preeminente e imparcial.

[10] Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal, jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, Edit. Tecnos, 1976, pp. 15-112 y ss.

[11] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

Puede decirse, y de esta forma lo afirmamos, que la función jurisdiccional adviene, en el Estado moderno, como una de sus atribuciones esenciales, fundamentalmente si tomamos en cuenta la gran ampliación tanto de la cantidad como de la naturaleza de las controversias [12] surgidas del entramado, complejo y variable, de la actual vida comunitaria, lo que ha originado la inevitable complicación en la estructura, competencia y funcionalidad de los organismos judiciales.

Sabido es que la unidad jurisdiccional constituyó una aspiración vehemente de los revolucionarios franceses, y ciertamente que era razonable, ya que los ciudadanos estaban hartos de tantos fueros y privilegios procesales, unidad que, por otra parte, reinó en las naciones anglosajonas, que establecieron idénticos principios para la resolución de las controversias entre particulares y las referentes a las autoridades.

Sin embargo, actualmente, la tendencia denota un impulso contrario, es decir, el de la especialización, ante la velocidad y la complejidad de los problemas jurídicos de nuestra época.

De ahí que Fix-Zamudio [13] señale que, independientemente de la justicia administrativa, originada en el prestigiado Consejo de Estado francés al lado de los tribunales ordinarios, hayan surgido numerosos organismos judiciales especializados (así, los laborales, familiares, constitucionales, agrarios, etcétera), inclusive en los países angloamericanos, mantenedores durante mucho tiempo de la unidad de jurisdicción.

Ante esta panorámica, las constituciones modernas (República Federal Alemana, España, Portugal, República Popular China, del año 1975, etcétera) regulan la función jurisdiccional, y establecen diversas instituciones para conseguir la correcta impartición de justicia, lo que tiene su directa traducción en las denominadas garantías constitucionales de carácter judicial o de la jurisdicción, y que Couture (citado por Fix) agrupa en tres sectores: *a)* garantía de independencia; *b)* garantía de autoridad, y *c)* garantía de responsabilidad.

Fix-Zamudio [14] señala así los principales aspectos de las "garantías de jurisdicción":

1) *Sistema de designación* de los jueces. Punto de singular relevancia, pues de los criterios adoptados en los nombramientos de los juzgadores dependerá no sólo su independencia sino también su capacidad,

[12] Boffi Boggero, Luis M., "Función trascendente del Poder Judicial y la actualidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, junio (17), 1963, pp. 1 y ss.

[13] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Sobretiro del Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año X, núm. 30, septiembre-diciembre, 1977, pp. 332-336.

[14] *Idem*, pp. 334 y 335.

honorabilidad y dignidad. La capacitación, selecta y adecuada, de los aspirantes al ejercicio de la magistratura judicial, adquiere, en este renglón, importancia innegable.

2) *Estabilidad en el desempeño de sus funciones.* También punto esencial, ya que el juez no debe estar ligado a los inciertos y tortuosos avatares de la fluctuante política. La inamovilidad, al menos en ciertos niveles de la judicatura, viene imponiéndose, claro está que con graduaciones sistemáticas distintas, pero que, en términos generales, significa que el juez, una vez designado, no puede ser retirado de su función hasta la jubilación, y mientras observe buena conducta.

3) *Remuneración suficiente y digna,* eso sí, con la prohibición terminante de dedicarse a otras actividades, y no disminuible durante el tiempo de su encargo, de conformidad con un principio angloamericano consagrado en la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, artículo 30, sección I.

4) *Autonomía financiera de los organismos judiciales.* Tendencia detectada en algunas leyes fundamentales, con el fin de que el presupuesto de los mismos no dependa de los otros órganos de poder, indicando Fix [15] el ejemplo de Costa Rica, cuyo artículo 177 constitucional asigna al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, fijados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico.

5) *Sistema adecuado de responsabilidad judicial,* con una doble operatividad: de un lado, exigiendo para el enjuiciamiento de los jueces ciertos requisitos de procedibilidad, que los pongan a salvo de las pasiones y rencores de los restantes órganos del poder, y del otro, la correlativa de un eficiente procedimiento para exigir responsabilidad oficial (tanto administrativa, como civil y penal), en que incurran los jueces, en caso de infracción de las disposiciones legales en que cimentan su actuación.

Vemos, por consiguiente, la trascendencia de la jurisdicción en los Estados modernos, y las líneas maestras delimitadoras de la función jurisdiccional, claro está que con carácter meramente descriptivo, y sin pretensiones de exhaustividad, dadas las características de este (pequeño) trabajo.

Estamos, por lo tanto, en condiciones de afrontar la noción de la jurisdicción constitucional, o, por decirlo con terminología del maestro Cappelletti,[16] "jurisdicción constitucional de la libertad".

[15] *Idem,* pp. 336, *ab initio.*

[16] Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad* (trad. de Fix-Zamudio), México, UNAM, 1961, pp. 111 y ss.

El sagacismo jusprocesalista italiano entiende como "jurisdicción constitucional de la libertad", "el conjunto de instrumentos procesales, (garantías en sentido estricto), que progresivamente se han implantado con la finalidad de tutelar los derechos del ser humano, con bases en la consideración de que los derechos humanos son, en esencia, derechos de libertad, en tanto que tales derechos facilitan a los gobernados una esfera jurídica de protección, que les permite —*in fine*— conseguir la realización de su personal destino con igualdad y dignidad".

En esta jurisdicción constitucional de la libertad cabe distinguir dos medios de protección, de tutela, según el maestro Fix-Zamudio: [17] *unos*, utilizados para la inmediata y directa defensa de los derechos humanos, y *otros*, no enfocados directamente a esa protección, pero que —indirectamente— sirven al mismo fin.

Entre los primeros pueden citarse —sin perjuicio de otros— los medios procesales; así, el recurso de inconstitucionalidad, el juicio de amparo, el llamado mandamiento de seguridad, el amparo constitucional español reciente (3 de octubre de 1979) y el clásico *habeas corpus* anglosajón.

Respecto de los segundos, de los medios indirectos, se encuentra el procedimiento o proceso administrativo, denominado contencioso-administrativo, y el control jurisdiccional de las leyes, realizado con carácter excepcional, en su aspecto constitucional, referido a aquellas situaciones en que es posible reclamar, ante los juzgadores comunes, la presunta inconstitucionalidad de los preceptos legales de aplicación en un procedimiento ordinario.

Stricto sensu (indica Fix-Zamudio),[18] el estudio de la jurisdicción constitucional sólo debe comprender el análisis de los instrumentos de carácter procesal, es decir, los que se hacen valer ante los tribunales ordinarios o especializados en controversias constitucionales, para la protección oportuna y efectiva de los derechos humanos consagrados en la ley suprema.

Ahora bien, dada la situación actual en referencia a la jurisdicción constitucional, resulta necesario ampliar el examen a los instrumentos que, en ausencia de medios específicos, han asumido la tarea de proteger, con mayor o menor eficiencia, los propios derechos del hombre,

[17] Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre, 1968, pp. 76 y 77.

[18] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos*, Madrid, UNAM-Civitas, S.A., 1982, p. 57.

o aquellos otros completadores de la tutela encomendada a los remedios específicos, ya que la protección de los derechos humanos, en términos generales, no suele confiarse a un solo instrumento, sino a varios, que —conjuntamente— integran la jurisdicción constitucional, o acaso (como dice el maestro Fix-Zamudio), la justicia constitucional.

Respecto a la dicotomía, señalada *supra* por el ilustre investigador mexicano, en la diferenciación entre jurisdicción y justicia constitucionales.

Realmente se trata de un problema terminológico, y en este sentido el pensamiento del profesor Fix-Zamudio ha evolucionado desde su postulación del empleo de la expresión "justicia constitucional" al dubitativo "acaso la justicia constitucional", consignado *in fine*, de la página anterior de este trabajo.[19]

Entendía el maestro que el término "justicia constitucional" era el más adecuado por dos motivos: uno, de carácter filosófico, y otro, de naturaleza jurídica.

En efecto (sigue Fix), al emplear la denominación de justicia constitucional se pretende, *prima facie*, subrayar la connotación eminentemente axiológica de los instrumentos establecidos para estos fines, y estos fines no son otros que los de la efectividad de las normas fundamentales. Pero ocurre que esas normas fundamentales no únicamente contienen las bases de organización y funcionamiento de los organismos del poder, sino también, y esencialmente, los principios valorativos supremos, según los cuales debe conformarse el entero andamiaje del ordenamiento jurídico. Advierto, pues (y corro íntegramente con el riesgo de equivocarme), un rescoldo jusnaturalista en el pensamiento del maestro mexicano.

Y para apoyar su nomenclatura, Fix-Zamudio [20] cita las palabras del maestro itálico Mauro Cappelletti: "... en la concepción más moderna, la norma constitucional no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de 'faústico', pero profundamente humano y digno de ser intentado, en transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de 'encerrar' de 'definir' en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible; lo absoluto."

¿Y qué sucede con el ángulo estrictamente jurídico? Al respecto, Fix-Zamudio nos indica que los constitucionalistas franceses hablan

[19] Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, México, UNAM, 1968, pp. 12 y ss. Basta comparar este texto con la *protección procesal de los derechos humanos*, 1982, para constatar la evolución señalada.

[20] *Idem*, pp. 13, 14 y 15.

de "control de la constitucionalidad", los alemanes e italianos de "jurisdicción constitucional", aunque con matizaciones diferenciables, y los anglosajones de *judicial review* ("revisión judicial").

Pero es, precisamente, con base en las ideas de James y Roberto Goldschmidt de carácter general en su formulación (aunque aplicables a la esfera constitucional) sobre la existencia de un "derecho justicial", lo que permite al comparatista mexicano hablar de la "justicia constitucional". Y es que los Goldschmidt entienden como "derecho justicial" aquel que señala a ciertos órganos del Estado la conducta que deben seguir, para imponer, si es preciso, coactivamente, los mandamientos jurídicos, cuando no son observados voluntariamente por los destinatarios.

Tras lo anterior, Fix-Zamudio[21] conceptúa la "justicia constitucional" como "el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental".

Y estimaba (Fix-Zamudio) que el concepto de jurisdicción constitucional resulta demasiado limitado, pues —*stricto sensu*— sólo comprende el estudio de la actividad de verdaderos tribunales, considerados formal y materialmente, que conocen y resuelven las controversias de orden constitucional, de manera específica, es decir, que los citados tribunales están especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional, y aunque la tendencia es creciente hacia la configuración de esos órganos jurisdiccionales especializados, existen regímenes donde las normas de carácter justicial constitucional se atribuyen a órganos de carácter político, o bien a los jueces ordinarios.

En resumen, el maestro Fix, congruente con su pensamiento, 1968 a la fecha, postula un concepto amplio y flexible de la jurisdicción constitucional, en el que caben instrumentos no calificables de procesales, en sentido estricto; pero que constituyen medios adecuados para la rápida y eficaz tutela, por lo menos en un plano teórico, de los derechos humanos.

[21] *Idem*, p. 15.

III. Derecho procesal y derecho constitucional

Lleva razón Alcalá-Zamora y Castillo,[22] cuando afirma que ya conocemos lo que es la jurisdicción; pero ignoramos dónde está ubicada. Dicho en otros términos, la jurisdicción, en cuanto institución, ha sido estudiada, conjuntamente, simultáneamente, por los procesalistas y por los constitucionalistas; pero desde perspectivas distintas, sin pretender una conjunción analizadora que desemboque en la unicidad de criterios entre los juristas de las dos disciplinas.

Por consiguiente, afima Fix-Zamudio, la novedad consiste en estudiar lo que se ha denominado "trilogía estructural" (jurisdicción, acción y proceso), tanto desde el punto de vista procesal como desde el prisma constitucional, con la finalidad última de conseguir un común criterio, que permita un consenso explicatorio aplicable por los especialistas en ambas materias.

Y Fix-Zamudio indica el despertar de la conciencia, entre procesalistas y constitucionalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos en pos de la profundización y seriedad en el estudio de las instituciones procesales fundamentales.[23] Esto ha venido a poner de manifiesto que, en contra de lo estimado en otras épocas, en la nuestra es necesario destacar la recíproca implicación político-constitucional (no exclusivamente técnica) de esas instituciones fundamentales. En este sentido, puntualiza el profundo investigador mexicano, puede hablarse de la relativización de la conceptuación de la jurisdicción y del proceso, con propósito semejante al del gran Calamandrei,[24] en referencia a la acción.

Realmente, el proceso judicial, considerado como método legal para la válida obtención de una sentencia, demanda que éste se plantee, desarrolle y finalice de conformidad con unas reglas que respeten y aseguren los derechos fundamentales de la persona, del ser humano. El proceso mismo (señala Almagro) [25] responde a la necesidad de tutelar el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos, quedando instrumentado como un derecho a la jurisdicción.

Ocurre, por consiguiente, que las reglas intermedias que garantizan la justicia sobre la decisión de fondo, se erigen —también— en normas

[22] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, UNAM, 1970, pp. 103 y ss.

[23] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, p. 318.

[24] Calamandrei, Piero, "La relatividad del concepto de acción", en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, EJEA, 1961, pp. 135 y ss.

[25] Almagro Nosete, José, "Garantías constitucionaes de proceso civil", en *Justicia 81*, Barcelona, núm. especial, Librería Bosch, 1981, pp. 11 y ss.

que establecen limitaciones, permisiones o regulaciones, conformadoras de un difícil pero necesario equilibrio entre los derechos de las partes, entre los deberes de las mismas, y la función judicial, que afecta a aquellos derechos básicos. En definitiva, el proceso no persigue sino la solución justa del caso concreto, en coherencia con el ordenamiento jurídico en su totalidad, y salvaguardando lo más noble, del mismo, es decir, el núcleo básico de los derechos humanos.

No hace falta mucha profundización para comprender que, en esas condiciones, la relación derecho procesal-derecho constitucional se torna evidente y necesaria, pues la posible afectación de derechos fundamentales del ser humano exige la bipolaridad coincidente, y congruente, de ambas ramas jurídicas.

Por otra parte, el moderno movimiento constitucional ha supuesto la formalización de los derechos humanos en textos escritos de rango supremo, que prodigan declaraciones y expresos reconocimientos de esos derechos.

Pero, como no podía por menos que ocurrir, no son sólo los derechos sino también las garantías inherentes a su efectiva observancia las que se incluyen en esos textos supremos, con lo que se refuerza y protege su aplicabilidad. En lógica secuencia, las normas procesales, en que muchas de aquellas garantías se traducen, quedan establecidas en la Constitución.

Al principio, estas normas eran pocas (así, al menos, se deduce del derecho histórico y comparado), y venían referidas, fundamentalmente, a la regularización de la jurisdicción y a los derechos del justiciable en el terreno penal; pero —con posterioridad— se fueron ampliando, concretando y puntualizando con mayor claridad, amplitud y concisión, abarcando el campo civil, laboral, agrario, administrativo, fiscal, etcétera. En algunos casos, no por una exteriorización expresa, constitucionalmente hablando, sino más bien por el camino de la inferencia lógica teniendo en cuenta los objetivos y las restantes reglas constitucionales.[26]

La confluencia entre derecho constitucional y derecho procesal (tal como se ha indicado en el apartado I de este pequeño trabajo) da origen a dos nuevas disciplinas, es decir, al derecho procesal constitucional y al derecho constitucional procesal. Cúmplenos, aquí, ocuparnos del primero, del segundo se hará en el siguiente capítulo.

[26] Trocker, Nicolo, *Proceso civile e constituzione, Problemi di Diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffré, 1974, pp. 20 y ss.

Pero la toma de conciencia, en los pueblos latinoamericanos, de la coincidencia entre procesalistas y constitucionalistas tiene una de sus más claras manifestaciones en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional de 1975, en donde la recíproca influencia de ambas disciplinas fue plenamente señalada al estudiarse la función de los poderes judiciales en los sistemas constitucionales latinoamericanos, llegándose a aprobar una recomendación en el sentido de que es necesaria una aproximación entre constitucionalistas y procesalistas científicos con la finalidad esencial de estudiar las materias comprendidas en la zona fronteriza entre las dos disciplinas y relacionadas, directa e inmediatamente, con las funciones propias de los organismos judiciales.[31]

En conclusión: actualmente, cuando la complejidad de la vida moderna, cuando la "tecnologización" creciente lo invade todo, hasta el último reducto de nuestra existencia, la aparición del procesalismo científico, con la teoría general del proceso como aglutinante, junto a los lineamientos prevalecientes en las constituciones más recientes, respecto de las garantías judiciales, dan lugar a esta interrelación coherente en el enfoque.

Por consiguiente, el derecho procesal constitucional se erige en la rama más joven del procesalismo científico, cuyo alumbramiento, con carácter sistemático, parece atribuible al líder de la llamada Escuela de Viena, y cuyo objeto es el estudio de los instrumentos procesales garantizadores del cumplimiento de la normativa constitucional. Dichos instrumentos, utilizando la terminología de James y Robert Goldschmidt,[32] quedan comprendidos en lo que los citados autores denominaron "justicia formal".

Para terminar, ahora sí definitivamente, es importante señalar que el derecho procesal constitucional incluye, en su objeto de estudio, los instrumentos de garantía en sentido estricto, que han ido adquiriendo cada vez una importancia mayor, dada la toma de conciencia de que las normas constitucionales que tradicionalmente y en su mayoría carecían de medios eficaces de imposición a sus destinatarios (generalmente poseedores del carácter de autoridades), deben disponer del instrumental procesal necesario para obtener su cumplimiento.[33]

[31] Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, "Derecho y realidad constitucional en América Latina", México, UNAM, 1975, pp. 15 y ss.

[32] Goldschmidt, James y Robert, *Derecho justicial material y derecho justicial material civil*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1959.

[33] Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 1, enero-abril de 1969, pp. 108 y ss.

IV. Derecho constitucional procesal

De las relaciones, directas y estrechas, entre los estudiosos constitucionalistas y procesalistas ha surgido, en nuestra época, el planteamiento de toda una problemática confluencial del derecho constitucional y del derecho procesal, que ha propiciado la consideración, de orden científico, pero también con específicas connotaciones sociopolíticas, de la necesidad de someter los órganos del poder a la acción de la justicia.

Esto comporta lo que Fix-Zamudio[34] ha llamado "justificación del poder"; expresión gráfica con la que el maestro trata de describir las transformaciones del derecho público actual, conforme a las cuales los órganos del poder no sólo deben proceder "racionalmente", es decir, con criterio meramente lógico, sino según "las exigencias supremas de la justicia".

Anticipando lo que más tarde se dirá del Estado social de derecho, en cuanto Estado de justicia, caracterización actual del viejo concepto del Estado liberal e individualista, periclitado tras cumplir su periplo vital y su función histórica, puede afirmarse que, constitucionalmente hablando, tal conceptuación estatal implica una doble consideración de las categorías procesales: de un lado, es necesario el sometimiento de los órganos del poder a la justicia (o sea, al proceso), y del otro, resulta indispensable el fortalecimiento del poder de la justicia, en otras palabras, dotarla de eficacia y hacerla accesible a los gobernados, lo que equivale a la consagración del importante derecho humano a la justicia o a la jurisdicción.[35]

La estimación del primer aspecto, señalado *ut supra* (efectividad de las disposiciones constitucionales mediante los instrumentos procesales), permite hablar de la *justicia constitucional;* mientras que, si queremos referirnos a la regulación constitucional de los institutos procesales, Fix[36] postula la utilización de la expresión "constitucionalización de la justicia". De ahí, que el estudio sistemático del primer aspecto cristalice en el derecho procesal constitucional, y el del segundo en el derecho constitucional procesal.

Esta última norma jurídica (derecho constitucional procesal) es conceptuada como "aquella rama del derecho constitucional que se ocu-

[34] Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años...*, *cit.*, p. 11.

[35] Gelsi Bidart, Adolfo, "Proceso y garantía de derechos humanos", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, 1971, pp. 43 y ss.

[36] Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años...*, pp. 9 y ss.

pa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental". Afirma Fix-Zamudio que el honor de ser uno de los primeros juristas, no sólo latinoamericano sino a escala mundial que advirtió la necesidad del análisis científico de las normas constitucionales reguladoras de las instituciones procesales, corresponde al maestro uruguayo Couture.

Estimaba que la ley procesal, aparte de ser fiel intérprete de los principios constitucionales, debe instaurar un régimen del proceso y, especialmente, de la acción, de la defensa y de la sentencia estrictamente basados en la ley, como manifestación reglamentaria de la garantía de justicia contenida en la Constitución.[37]

Precisamente, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en Montevideo, República Oriental del Uruguay, en marzo de 1957, las ideas de Couture despertaron la atención para el estudio de las garantías constitucionales del proceso, aprobándose las siguientes conclusiones:

> I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se requiere garantizar, y a la teoría jurídico-política que inspira dicha Constitución.
>
> II. La ley procesal, concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces.
>
> III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que, bajo pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la modalidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado.

Pero la semilla había germinado, y se fueron agrandando las posibilidades del cultivo de la nueva disciplina, aunque se tocaran otros aspectos no necesariamente conectados con la temática de las garantías constitucionales, y a las Primeras Jornadas siguieron otras.[38]

[37] "Resumen general de las jornadas", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo de 1958, pp. 2 y ss.

[38] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Crónica del Primer Congreso Mexicano y

La cita de las distintas jornadas celebradas nos está vedada, por obvias razones de tiempo y elementalidad de la tarea; pero cabe resumir que hubo conclusiones referentes a las garantías constitucionales en los procesos civiles y penales; así (señala Fix),[39] la relativa a que los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, concediéndoles razonables posibilidades de defensa y de desahogo de pruebas; aseguramiento de la efectiva igualdad de las partes en todas las actividades procesales; ajustamiento, real y fiel, de las leyes procesales penales a los principios proclamados, en 1948, en las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos y en las constituciones de cada país; leyes procesales penales orientadas a obtener un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y el derecho individual a la libertad de la persona, etcétera.

Esta actitud se dio, y continúa dándose, en el derecho continental europeo; de ahí el interés de la doctrina y de la jurisprudencia para el examen de las garantías constitucionales de carácter procesal (inclusive en el proceso civil), en el cual la vinculación con las disposiciones fundamentales resulta menos evidente que en la materia penal o en la administrativa, situación que se aceleró a partir del triunfo de las democracias occidentales en la Segunda Guerra Mundial.[40]

En el viejo continente, los dos países más adelantados en el estudio de la ciencia del proceso, del denominado procesalismo científico, es decir, Italia y la República Federal Alemana, reflejan, en sus respectivas cartas fundamentales, de forma expresa los principios esenciales de las garantías judiciales o "garantías de justicia".

Calamandrei[41] y Troker,[42] entre otros distinguidos cultivadores de la disciplina, son hitos representativos de esa dirección. Ambos maestros indican la influencia de los preceptos constitucionales en la democratización del proceso; tan es así, que Calamandrei nos habla de que una de las connotaciones más caracterizadoras de las modernas constituciones reside, precisamente, en la "constitucionalización de las garantías de igualdad procesal".

Por su parte, Trocker (en la obra referida en la nota 26 de este trabajo) hace más o menos las mismas observaciones respecto de los

de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 18 y ss.

[39] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, p. 324.

[40] *Idem*, p. 325, *ab. initio*.

[41] Calamandrei, Piero, "Processo e democrazia", en *Opere Giuridiche*, Napoli, vol. I, 1965, pp. 691 y ss.

[42] Trocker, Nicolo, *Processo e costituzione*, *cit.*

ordenamientos constitucionales italiano y teutón. En este sentido, la Constitución itálica de 27 de diciembre de 1947 (en vigencia desde el primero de enero de 1948), artículos 24 y 25 y demás concordantes, y la ley fundamental de la República Federal Alemana (Constitución de Bonn, promulgada en mayo 23 de 1949), artículos 20, fracción segunda, 92 y 97 y concordantes, consigna esta "constitucionalización" de los principios fundamentales del proceso.

Trayectoria análoga cabe advertir en la Constitución de la V República Francesa, de la monarquía social, democrática y representativa española y en la dimanante de la llamada "revolución de los claveles" en Portugal.

Claro está que todos esos preceptos constitucionales han sido objeto de una amplia y profunda elaboración jurisprudencial por los correspondientes tribunales constitucionales, que —en resoluciones diferentes— han precisado la correcta aplicación de las disposiciones supremas a las diversas ramas procesales, predominantemente en la esfera penal pero también en la civil.

Un hito sustancial en el desarrollo de la disciplina que nos ocupa, lo constituyó el Coloquio de Florencia, en la República italiana (septiembre de 1971), sobre "Garantías constitucionales de las partes en el proceso civil". Las comunicaciones, presentadas al mismo, lo fueron no sólo desde el punto de vista nacional, sino también regional, interno de cada país, derecho internacional y derecho comparado.

El Coloquio de Florencia dio lugar a la publicación de una obra, en donde puede verse la explicación de su actividad, juntamente con el informe general del ilustre Cappelletti.[43] A partir de este momento, pueden considerarse establecidas las bases, firmes y seguras, de la nueva, interesante y necesaria disciplina jurídica, ubicada en la mismísima zona de confluencia de los derechos constitucional y procesal, es decir, del derecho constitucional procesal. Fix concluye por afirmar que así como es justicia conceder a Hans Kelsen la paternidad del derecho procesal constitucional, no lo es menos el atribuir la misma paternidad, en referencia al derecho constitucional procesal, al procesalista uruguayo Eduardo J. Couture.

[43] Trocker, Nicolo, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia de garanzie costituzionali del processo civile nella República Federale Tedesca", en *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1970, referida al proceso civil pero de aplicación general; Cappelletti, Mauro; Tallon, Denis (colectivo), *Fundamental Guarantees of the Parties in civil Ligation. Les garanties Fondamentales des Parties dans le Proces Civil*, Milano-Dobbs Ferry, New York, 1973, pp. 3 y ss.

Muy recientemente, Fix-Zamudio (en sus *Explicaciones de cátedra*, en la División de Estudios de Posgrado, Facultad de Derecho, UNAM, curso 1983-84), definió el derecho constitucional procesal como "el estudio del conjunto de normas reguladoras del funcionamiento del Poder Judicial y de lo referente al debido proceso legal (acción, garantías, etcétera)".

V. Contenido del derecho constitucional procesal

En general, una de las más difíciles tareas de toda ciencia, y la dificultad se acrecienta si, como ocurre en nuestro caso, se trata de una ciencia joven, es la determinación de su objeto de estudio, y consecuentemente de su contenido o integración.

En el supuesto del derecho constitucional procesal, ciencia fronteriza, se da la circunstancia de que sus instituciones forman parte tanto del derecho constitucional como del procesal, de ahí que la separación de sus distintos sectores no deje de ser, en definitiva, más que un recurso de sistematización con vista a lograr una mayor penetración intelectual en la materia.

No obstante la certeza de lo anterior, Fix-Zamudio[44] señala como posible contenido del derecho constitucional procesal:

1) La función jurisdiccional, función judicial, en síntesis, la jurisdicción considerada desde el punto de vista constitucional. Al efecto, hacía referencia a que Rabasa ("el bueno", como, con singular gracejo y picardía, lo denominaba el inolvidable maestro Piña y Palacios, en sus *Explicaciones de cátedra* del curso 1981-82) decía que el Poder Judicial no era tal poder, pues carecía de autoridad e independencia, aunque fuera una función ciertamente importante.

2. Organización del Poder Judicial.

3. Garantías judiciales (independencia, estabilidad, renumeración, responsabilidad, autoridad de la judicatura).

4. Derecho de acción (autodefensa, entendida como derecho de las partes a la satisfacción de sus pretensiones), conceptuado como derecho subjetivo-público, que tienen las personas para exigir la prestación de la actividad jurisdiccional.

Derecho, pues, de carácter constitucional, y su nocificación, en la actualidad, ha evolucionado desde su consideración estrictamente individual (de raíz formulista) hacia una estimación más social, es decir, como un derecho a la justicia; en este sentido abrió paso el derecho

[44] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

procesal laboral. (En México, basta con recordar el carácter eminentemente tutelar-social de las reformas al proceso laboral.) [45]

El asesoramiento jurídico adviene en una auténtica asistencia de seguridad social. La reforma mexicana, de diciembre de 1979, por iniciativa, una de las más nobles de su sexenio, del presidente López-Portillo y Pacheco, apareció en el *Diario Oficial* de la Federación del 4 de enero de 1980.

5. Derechos de las partes en el proceso, idea del debido proceso legal (en él, el derecho de defensa).

6. Instrumentos auxiliares del proceso, la función preventiva del derecho para descargar de trabajo a los tribunales, y dejar el proceso, en exclusiva, para lo estrictamente conflictivo.

7. El *ombudsman*, defensor del pueblo, defensor parlamentario, y con mucha amplitud, en México, la Procuraduría de la Defensa del Consumidor, del Trabajador, tecétera; se trata de mecanismos de intermediación, de organismos de apoyo, y no sustantivos de la actividad jurisdiccional.[46]

Sin embargo, es todavía relativamente poco abundante una delimitación precisa de los campos incidentes en esta ciencia de frontera, aunque haya intentos notables tal como el realizado por mi maestro, en la licenciatura de derecho, profesor Gutiérrez-Alviz y Armario,[47] quien —en referencia al derecho constitucional de justicia en la ley fundamental portuguesa de 1976— distingue dos sectores esenciales: garantías constitucionales en relación con la organización jurisdiccional y garantías constitucionales en relación con los justiciables.

El primer sector (garantías constitucionales referentes a la organización jurisdiccional) que Fix [48] denomina "garantías judiciales", comprende los conceptos e instituciones previstos en la Constitución, cuya finalidad es conferir eficacia a la función jurisdiccional, dotando a los tribunales de independencia e imparcialidad. El maestro Couture [49] las llama "garantías constitucionales de la jurisdicción".

[45] Buen L., Néstor de, *La reforma del proceso laboral*, México, Porrúa, 1980.

[46] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

[47] Gutiérrez-Alviz y Armario, Faustino, "La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, pp. 547 y ss.

[48] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, pp. 9-53.

[49] Couture, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 761 y ss.

El segundo sector implicaría los "derechos constitucionales de los justiciables", concebidos como derechos fundamentales de los gobernados para demandar y obtener una prestación jurisdiccional oportuna, eficiente e igualitaria, sustancialmente referidos a los derechos de acción y de defensa en su totalidad.

Un tercer sector (para Fix-Zamudio, derivación del segundo) [50] estaría constituido por el referente a los lineamientos esenciales del procedimento "garantías constitucionales del proceso"), especialmente referidos al formulismo mediante el cual deben desenvolverse los actos procesales de conformidad con los preceptos constitucionales.

El concienzudo investigador mexicano estima que la parte anterior es comprensible bajo la nomenclatura de "debido proceso" (en terminología de Couture), según la acrisolada tradición anglosajona del *due process of law*, que posee una extraordinaria amplitud de significados, y —obviamente entre ellos— el referente a los requisitos constitucionales procedimentales.

Y añade Fix-Zamudio que, en el concreto ámbito mexicano, este aspecto tiene su representación en las llamadas formalidades del procedimiento, lineamiento final del párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

Las garantías constitucionales del procedimiento o del debido proceso tienen una íntima conexión con los derechos de las partes, o de los justiciables, ya que el fin último y directo del formulismo constitucional para el desarrollo del proceso es el establecimiento de las condiciones necesarias para que las partes puedan conseguir, en manera adecuada, la prestación jurisdiccional, lo que hace muy difícil la separación de los sectores examinados.

Y efectivamente es así porque esa separación (al igual que en el derecho penal sustantivo, ocurre con los elementos del tipo) solamente tiene un objetivo de estudio e investigación.

VI. Estado de derecho y jurisdicción

Como se ha dejado señalado en anteriores páginas de este trabajo, el predominio del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo y el Judicial es una característica universalmente generalizada de nuestra época. El fenómeno se produce, inclusive, en aquellos regímenes cuya connotación más específica es su presunto parlamentarismo. La tendencia en el crecimiento del Poder Ejecutivo parece irrefrenable. Tal vez ello no sea

[50] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.*, p. 330.

más que el lógico resultado de la evidente transformación del concepto de Estado de derecho liberal en el Estado social de derecho de las democracias occidentales y en el de Estado socialista de las democracias reales de corte marxista-leninista y sucedáneos.

Y decimos lo anterior, porque tenemos la íntima convicción de que, por citar una fecha convencional pero sumamente significativa, a partir del crack de Wall Street de 1929 (octubre), el Estado de derecho liberal sufre un golpe definitivo e irreversible. Todos los Estados reciben la lección, y de ahí en adelante el "dejar hacer, dejar pasar" (símbolo de toda una época y de una concepción del mundo y de la vida), queda arrinconado y es sustituido por la mano bien visible del aparato estatal. El Poder Ejecutivo crece y tiende a crecer más todavía, y esto es plenamente válido no sólo para regímenes autoritarios, para aparatos políticos presidencialistas, sino también para los parlamentarios de corte más estricto.[51]

Quien esto escribe, recuerda muy bien que el profesor español Elías Díaz (en sus explicaciones en la Universidad de Salamanca) señalaba que las características del Estado social de derecho eran las siguientes:

1) La ley como expresión de la voluntad general, es decir, la integración del Parlamento (entendido como órgano legislativo), mediante elección por sufragio directo, secreto e inorgánico;

2) Principio de división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial);

3) *Control jurisdiccional* de la actividad de la administración: Necesaria, añadía, dado el desmesurado crecimiento del Poder Ejecutivo, y

4) Garantía jurídico-formal de los derechos individuales. Enfatización en definitiva, de los aspectos formulistas de los derechos humanos, como paso previo necesario para su debida eficacia en el ámbito constitucional procesal.

Pero, lo anterior no es obstáculo para considerar que fue precisamente en el Estado de derecho liberal donde surgió el delicado equilibrio funcional de los tres famosos poderes enunciados por Montesquieu, y que pasaron —en 1789— al artículo 16 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" en el sentido de que: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada no tiene constitución".

[51] Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado* (trad. Fix-Zamudio), México, UNAM, 1975, pp. 105 y ss.

Por ello, no le falta razón a Enrique Romero [52] cuando afirma que el gran instrumento jurídico del Estado liberal es justamente el constitucionalismo, ya que a través de él consigue dos objetivos esenciales:

a) La Constitución establece "límites al poder", en contraposición al absolutismo monárquico.

b) La función sustancial de las constituciones reside, por consiguiente, en garantizar los derechos fundamentales del ser humano.

De ahí se deduce que la división de poderes o funciones, como más actualmente se le ha llamado, atiende al primer objetivo.

En esta línea de razonamiento, parece adecuado afirmar que la función jurisdiccional se erige en la divisa distintiva del carácter jurídico de un Estado estructuralmente constitucional.

Pero ocurre que, en el caso del Estado de derecho, también denominado Estado constitucional, la ley se vuelve en baluarte fundamental para la defensa de los derechos del hombre, y la jurisdicción queda proyectada, a partir de su reconocida e indubitada importancia social, a un mayor protagonismo político.

Ahora bien, ese protagonismo político (quizás dirigido a su efectivo reconocimiento como un poder estatal equiparable a los demás), requiere de una explicación puntualizadora; no se trata de politizar la jurisdicción, sino de emanciparla de cualquier vasallaje a los otros poderes, y ubicarla en una zona de imparcialidad e independencia respecto de ellos, para permitirle "la resolución de jurídica de los problemas políticos".[53]

Claro está que la consecución del anterior objetivo, es decir, su efectiva cotización como verdadero poder estatal al nivel de los otros, no siguió el mismo camino en Europa continental que en América.

En el viejo continente, el Poder Judicial nace y se desarrolla (a los efectos que nos ocupan) con una evidente "disminución" respecto de los otros poderes. Reinaldo Vanossi [54] indica que es tenido como un poder desprendido del Ejecutivo, neutro ante las extralimitaciones del Legislativo y del propio Ejecutivo; pero que desde las constituciones revolucionarias hasta las de nuestro siglo, inclusive, los juzgadores han carecido de la facultad de declarar la inconstitucionalidad o de la potestad de examinar la constitucionalidad de los actos administrativos o

[52] Enrique Romero, César, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Alfa, 1973, pp. 14 y ss.

[53] Linares Quintana, Segundo, *Tratado de ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Edt. Alfa, tomo IX, núm. 6024, pp. 404 y ss.

[54] Reinaldo Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Edt. Depalma, 1976 (tomo II), pp. 77 y ss.

legislativos. Su posición era la de un acatamiento total del texto de la ley, al que solamente podían interpretar; la ley es más sabia que el juez, que carece de facultad para crear, para integrar normas jurídicas. La voluntad general, manifestada en la ley, ha de ser respetada a ultranza; más aún, los jueces franceses podían incurrir en delito si pretendían invalidar una ley o un decreto.

Pero esta situación no es privativa de la Europa continental; si nos trasladamos al Reino Unido, en Inglaterra, los jueces británicos —en función del principio de la soberanía del Parlamento— no pueden atacar los actos legislativos; la ley debe ser obedecida. Es el órgano legislativo el que ha de revisar sus propias extralimitaciones, estableciendo el alcance de la ley impugnada.[55]

Sin embargo, el pensamiento constitucional europeo, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, tomó conciencia de la necesidad de la creación de órgano, que pudiera controlar el desviacionismo constitucional factible de darse en la dinámica administrativa estatal, en la operatividad legislativa, y ese órgano no fue jurisdiccional sino político, en principio, para terminar convirtiéndose en un especializado tribunal constitucional o corte constitucional.[56]

De lo anterior resulta la necesidad de analizar, ahora sí en mayor profundidad (aunque no la que nos gustaría, personalmente, por razones obvias de elementalidad de esta tarea), los tres sistemas en presencia; en otras palabras, trataremos de carcterizar el régimen austriaco, el norteamericano y el de los países socialistas.

No hay duda que al expandirse las funciones del Estado, incluso admitiendo la licitud de su expansión en consideración al atendimiento de necesidad sociales, populares, insoslayables, el control jurisdiccional de la dinamicidad estatal, *lato sensu,* adviene en una necesidad de comprender, investigar y racionalizar sistemáticamente todo el complejo problema y el entramado de soluciones inherentes al mismo.

La secuencia de la transformación del Estado de derecho liberal, clásico, en el Estado social de derecho, es descrita —muy claramente, por cierto— por Fix-Zamudio,[57] al afirmar que la organización política individualista y liberal se convierte en una organización política, en la que se reconoce la estructura grupal de la sociedad, y en la cual aparece la necesidad de armonizar los diversos intereses en presencia (sociales, económicos, políticos y culturales), cada vez más complejos, y

[55] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

[56] Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años ..., cit.,* pp. 17 y ss.

[57] Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano,* México, El Colegio Nacional, 1983, p. 17.

todo ello culmina en el expreso consignamiento constitucional del nuevo concepto estatal.

Pero vayamos a los tres sistemas. García de Enterría,[58] ese espléndido juspublicista hispano, destaca que la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella constituidos, y —por otra— establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad.

En todos estos contenidos, la Constitución aparece como un sistema preceptivo, que emana del pueblo como titular, indiscutido e indiscutible, de la soberanía, en su función constituyente; esos preceptos van dirigidos tanto a los distintos órganos del poder (establecidos por la propia Constitución), como a los ciudadanos. De ahí que la vinculación, a la vez, de las autoridades y todos los ciudadanos a la norma constitucional resulte evidente, por sí misma, y, al propio tiempo, carácter señalizador del nuevo concepto social-estatal en contraposición a las viejas formas estatales, o a los privilegios de los autoritarismos de nuevo cuño.

La auténtica función de las constituciones se presenta, en el razonamiento del catedrático de la Universidad madrileña, con prístina claridad: "La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico." Y agrega el administrativista español: "El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by law.*"

Sin embargo, la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas de un sistema jurídico, de un ordenamiento jurídico, considerado desde el punto de vista de su "integralidad".[59] Es, por consiguiente, la norma fundamental, *lex superior*, y lo es por varias razones, todas ellas altamente cotizables desde el ángulo de enfoque del profesor hispano.

Primero. Porque la Constitución define el *sistema de fuentes formales del derecho*, de manera tal que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la ley fundamental (órgano legislativo por ella designado, en cuanto a su composición, competencia y procedimiento), una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera

[58] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Edt. Civitas, 1981, pp. 49 y ss.

[59] Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, muy relevantes, al respecto, los capítulos V, VI y VII.

de las "normas de producción", la *norma normarum*, la "fuente de las fuentes".

Segundo. Porque, en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundamental (configuradora de un sistema entero que en ella se basa), tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias (carentes de una intención total tan relevante) (y limitadas a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural previamente establecido por la Constitución).

La idea anterior determina:

a) La distinción entre un poder constituyente (de quien surge la Constitución) y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí partió *—prima facie—* la llamada "rigidez" de la norma constitucional, que le asegura una denominada "superlegalidad formal", que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios.

b) Pero también determina el reconocimiento de una "superlegalidad material", que garantiza a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento (producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente). Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino —y sobre todo— el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.

En un plano formal, puede decirse que la "superlegalidad material" asegura, en último extremo, la "superlegalidad formal" o "rigidez" de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa, que comporte salirse del marco constitucional, tenga que ir precedida (bajo pena de nulidad), de una reforma constitucional acordada por sus cauces propios.[60]

La larga cita del profesor García de Enterría, en mi modesto juicio, está más que justificada por la gran claridad que arroja sobre la necesidad y eficacia de la operatividad de la jurisdicción constitucional.

El sistema americano, precisamente, atribuye a la Constitución el valor normativo superior, por encima de las leyes ordinarias, determinante del valor de éstas, y valor superior judicialmente tutelado. En esencia, ésta es la fundamental aportación del constitucionalismo norteamerica-

[60] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit.*, p. 50.

no (junto a su federalismo), y por supuesto su gran innovación en relación con el tradicionalismo británico, del que —no obstante— dimana.

De ahí que no le falte razón a Grant,[61] cuando afirma que si hay alguna teoría definitivamente establecida en la ley inglesa, es la de que la supremacía del Parlamento es legalmente incontestable; pero que, sin embargo, el sistema americano del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue un resultado de los antecedentes ingleses.

A partir de 1776, fecha de la independencia de Inglaterra, entre las primeras medidas tomadas por los Estados emancipados figuran la de reemplazar la carta colonial por constituciones. La secuencia seguida fue impecablemente lógica: puesto que cualquier ley contraria a las cartas había sido declarada nula por los tribunales, no es de sorprender que hubiera un considerable consenso para la opinión de que los tribunales deberían rehusar apoyo a cualquier ley adoptada en oposición a las sucesoras de las cartas, es decir, a las constituciones de los Estados.

En este contexto histórico, la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 resultó beneficiaria de esta corriente de opinión, y así se entendió que la nueva Constitución federal debería de prevalecer contra una ley del Congreso, y también contra una ley de un Estado en caso de conflicto.

El presidente de la Suprema Corte, Marshall, sostuvo (en el famoso caso de Marbury contra Madison)[62] que:

> La Constitución controla cualquier acto legislativo que se le oponga... Entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley... Una ley del Congreso que pugne con la Constitución, debe considerarse inexistente... Si pues los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables.

Conviene hacer notar, dada la trascendencia del pronunciamiento, que Marshall hablaba no solamente en referencia a las funciones de la Suprema Corte, sino en relación a todas las cortes, tanto de los Estados como federales, ya a las de primera instancia como a las de apela-

[61] Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, UNAM, 1963, pp. 29 y ss.

[62] *Idem*, pp. 32 y ss.

ción. El parecer del magistrado norteamericano es sumamente claro, porque cada una de las razones, dadas para el reexamen judicial, es aplicable tanto al más modesto juez de paz como al más alto tribunal de la nación.

Las razones de Marshall eran las siguientes:

1) Es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley. Quienes aplican la regla a casos particulares, necesariamente tienen que establecer e interpretar esa regla. Si una ley se opone a la Constitución, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. *Esto es la verdadera esencia del Poder Judicial.*

2) Los constituyentes vieron en la *Constitución una ley que debería aplicarse a los tribunales tanto como al Poder Legislativo.*

3) Si no, ¿por qué ordena que los jueces tomen juramento de obedecerla? Y terminaba su manifestación con estas palabras: "Así la terminología especial de la Constitución... confirma... que una ley contraria a la Constitución, es nula y que los tribunales, tanto como los demás Departamentos del Gobierno, están obligados por dicha Constitución." [63]

Si no nos equivocamos, y creemos no hacerlo, los constitucionalistas norteamericanos (herencia de los primeros colonos) son herederos de la tradición jusnaturalista europea, en la que apoyan su conceptuación de un parámetro normativo superior a las simples leyes positivas, y este parámetro es el derecho natural, concebido en una doble vertiente de: *lex eterna* y *lex legum,* en definitiva, ley para todas las leyes.

Por ello, no le falta, antes al contrario, le sobra razón al maestro García de Enterría,[64] cuando nos indica que Locke (al que, junto con Coke, considera inspirador de los norteamericanos) realiza la tarea ingente de la conversión del abstracto derecho natural en los concretos derechos del hombre (derechos procedentes del estado de naturaleza del ser humano, que éste no transmite en el pacto social, sino que el pacto social es constituido precisamente para su garantía y efectividad), y culmina estableciendo el *supreme power* de la comunidad para preservar las libertades y las propiedades de los ciudadanos frente a cualquiera, inclusive frente al legislador, con lo que los derechos naturales, humanos, pasan a ser el último y definitivo indicador de validez de las leyes positivas. Pero esta doctrina implica algo más que una filosofía, es decir, desemboca en una técnica jurídica concreta: el

[63] *Idem,* p. 33.

[64] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit.,* pp. 52 y 53.

common law, entendido en su aspecto jusnaturalista, puede y debe controlar las leyes del Parlamento y —en algunos supuestos— declararlas nulas; de ahí que el juez, por consiguiente, puede controlar al Parlamento.

Y, en lo señalado *ut supra*, reside —en esencia— la singular aportación norteamericana. Con lo anterior desaparece el dogma de la "soberanía absoluta del Parlamento". La Constitución de 1787 consagra el principio del sometimiento de la validez de las leyes del Parlamento, del Congreso, a la congruencia efectiva con las normas constitucionales.

Por consiguiente, una vez que la fuerza vinculante del *higher law* se traslada a estas nuevas bases, la noción de la soberanía total del organismo legislativo común desaparece necesariamente, ya que no puede ser soberano un cuerpo creador de derecho subordinado, a su vez, a otro cuerpo creador de derecho, y, además (y esto es esencial para entender el hilo de nuestra argumentación), la simple forma constitucional escrita no habría podido, por sí sola, mantener el *higher law* como efectiva protección individual, si no se hubiese apoyado en la *judicial review*, es decir, en la facultad judicial de declarar inconstitucionales las leyes.

Pero ocurre que el basamento de la *judicial review* no aparece directamente diseñado de la Constitución de 1787. En el año 1795, el Tribunal Supremo norteamericano precisará, con toda nitidez, la distinción entre los sistemas inglés y americano. El primero, se nos dice, consagra la autoridad del Parlamento como trascendental y sin límites, no existe Constitución escrita, ni *fundamental law* coartadora del ejercicio del Poder Legislativo. El segundo, por contra, detecta una Constitución cierta y escrita, contenedora de la voluntad popular permanente, y es *the supreme law of the land*, superior al poder del Legislativo.

En resumen: el sistema americano, *por un lado*, construye la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución, *y —por otro—* la instrumentalización, en su favor, del principio de la *judicial review*, que asienta, con firmeza, el poder de los organismos judiciales, es decir, de los tribunales, para declarar nulas (a los efectos de su no aplicabilidad) las leyes contradictorias de la Constitución. Y precisamente ésta es la doctrina, mantenida por Marshall en el asunto Marbury contra Madison (referido anteriormente).[65]

Pero, quizás resulte conveniente reproducir las palabras de Grant,[66] en relación a la idea esencial del sistema americano: "En suma, la regla

[65] Grant, J.A.C., *El control jurisdiccional, cit.*, pp. 34 y ss.
[66] *Ibidem.*

básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Éstas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven." La misma conclusión saca Mayer.[67]

Dada la índole generalizadora, impuesta como tónica del presente trabajo, renunciamos al análisis de la posible ubicación procedimental del sistema norteamericano, tanto si se considera a través del *habeas corpus*, convertido en auténtico amparo penal, según el profesor Grant, o del *writ of error* (recurso de error), abolido en 1928, y reemplazado, en parte, por el "recurso discrecional de *certiorari*", o auto para avocarse al conocimiento del asunto.

Fix-Zamudio[68] sintetiza de esta manera las características del sistema norteamericano:

1) Cualquier juez puede decidir.
2) Cuestión previa, prejudicial.
3) Efectos limitados al caso concreto.

En cuanto al sistema austriaco, frente al norteamericano, denominado "control difuso", ha recibido la nomenclatura de "control concentrado",[69] y surge —merced al genio jurídico de Hans Kelsen— en la Constitución federal austriaca de 1920, que fue suprimida durante el siniestro periodo histórico del nazismo hitleriano, y su cohorte de asesinos pandilleros, y que tras la derrota del "Reich de los mil años", retornó a su vigencia con la redacción introducida por la reforma de 1929. La Ley de 1º de mayo de 1945 restableció la vigencia de la construcción kelseniana en la República de Austria, y el perfil definitivo de la Corte Constitucional austriaca plasma en la normación regulativa de 1953. Sin embargo, el antecedente histórico se encuentra en la ley fundamental (referente al Tribunal Supremo del Imperio austriaco), de 21 de diciembre de 1867. Dicha ley dio pábulo a la Beschwerde (queja), o sea al recurso constitucional.

La difusionalidad del sistema norteamericano radica en que la facultad del control de constitucionalidad no se agrupa en un órgano

[67] Mayer, Lewis, *El sistema legal norteamericano* (trad. de Anastacio Sánchez), 2a. ed., Buenos Aires, Omeba, 1961.

[68] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

[69] Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado* (trad. de Gómez Lara y Fix), México, UNAM, 1966, pp. 34 y ss.

único, sino que —por el contrario— corresponde, en términos generales, a todos los órganos judiciales de la nación.

En cambio, la concentración característica del sistema austriaco supone que un órgano, Tribunal o Corte Constitucional, diseñado expresamente para la función de la revisión judicial de las leyes, se encarga de asegurar la garantía efectiva de las normas constitucionales.[70]

Realmente, el sistema austriaco significa la recepción, en Europa, del instrumento de justicia constitucional norteamericano. La recepción, apunta García de Enterría,[71] se hace por una doble vía: el Imperio alemán y el Imperio austrohúngaro. El modelo teutón, que no hace fortuna, culmina y concluye en la Constitución germánica de Weimar, estableciendo un tribunal cualificado para el conocimientos de los conflictos entre los poderes constitucionales y específicamente de las contiendas entre territorios, entes territoriales, propios de la organización federal.

El austriaco (galvanizado por el impulso creativo del inefable Kelsen) recibe una consagración definitiva a escala internacional, transcurrido el negro periodo del nacionalsocialismo. Existen diferencias sustanciales entre la *judicial review* americana y el control del país del Tirol. Y una de las más relevantes es la ya indicada de difusionalidad y concentración.

Pero (en una muy clara exposición del maestro García de Enterría, penetrante hasta el mismísimo núcleo diferencial),[72] se señala que la variante organizativa oculta una profunda significación por encima de su mera apariencia práctica.

Para Kelsen,[73] el control de constitucionalidad de las leyes queda configurado como una función constitucional, no estrictamente judicial, sino —según la terminología kelseniana— de "legislación negativa".

En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto fáctico singular (tarea reservada al Tribunal *a quo*, promovedor del incidente de constitucionalidad), sino exclusivamente el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica entre el pronunciamiento, también abstracto, de una ley y la norma (abstracta), de la Constitución. De ahí que Kelsen mantenga que no existe en juicio, puramente lógico, una verdadera aplicación de la ley a un caso particular y, por

[70] *Idem*, p. 42.

[71] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, pp. 56, *in fine*.

[72] *Idem*, p. 57.

[73] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional*, *cit.*, pp. 471 y ss.

tanto, no se está en presencia de una actividad judicial, que supone una decisión singular.

La logicidad, realmente impecable, del razonamiento de Kelsen lo conduce a mantener *que*, hasta tanto el Tribunal Constitucional no haya declarado la ley inconstitucional (declaración con efectividad *erga omnes*, connotación característica de un acto legislativo, "fuerza de ley", aunque aquí sea de abrogación), *dicha ley es válida*, lo cual justifica que los jueces y tribunales ordinarios no puedan inaplicarla.

En resumen, no se produce, como en la relación ley-reglamento (o en el sentido como el sistema americano de la *judicial review* aplica en la relación Constitución-ley), *un vicio de nulidad* de la ley inconstitucional, *sino una mera anulabilidad*.

De lo anterior se infiere que las sentencias del Tribunal Constitucional tienen naturaleza constitutiva y su valor es *ex nunc* y no retroactivo, sólo "pro futuro"; diferencia de especial relevancia con el sistema americano.

Naturalmente que —tras la construcción kelseniana— hay todo un basamento sociológico con muy concretas circunstancias crónicas y tópicas. Kelsen, teniendo delante el momento histórico del apogeo fascista europeo, trata de evitar el evidente peligro de un posible "gobierno de los jueces", plenamente factible con una construcción sistemática tan sutil como la suya. Ese riesgo, tantas veces achacado al sistema americano, hubiera resultado de consecuencias catastróficas en la Europa de su tiempo.

Con la prohibición a los jueces y tribunales de inaplicar las leyes, el sistema del jefe de la Escuela de Viena pretende reforzar los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de preeminencia parlamentaria en unos momentos, en que la judicatura tendía a valorar negativamente el acceso a las cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas (preponderantemente de izquierda), capaces de trastocar los denominados valores tradicionales, como apunta García de Enterría.[74]

Kelsen, al conferir al Tribunal Constitucional la facultad de declarar, *ex nunc* y *erga omnes*, inconstitucional una ley, consigue, a la vez, asegurar la primacía de la Constitución sobre el Parlamento; pero al vedar, cuidadosamente, a ese Tribunal el enjuiciamiento de supuestos fácticos y casos concretos, y limitando su actuación a la reseñada función abstracta de definir la compatibilidad lógica entre dos normas igualmente abstractas, evita que el Tribunal Constitucional entre en

[74] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 58.

apreciaciones de hechos e intereses, y en la valoración y la pasión, que son inseparables de la resolución de casos concretos, y que en esas apreciaciones y valores pueda enjuiciar las leyes sobre el terreno de la oportunidad, sustituyendo con su juicio el juicio político de la exclusiva pertenencia del Parlamento.

En esta tesitura, el Tribunal Constitucional, en lugar de competir con el Parlamento, termina siendo su lógico complemento. No está facultado para indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual *injusticia* de la ley), sino que —en calidad de depositario de las categorías lógicas del ordenamiento— enjuiciará exclusivamente la *validez* de la ley, por vía de simple lógica racional, apartada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un "legislador negativo", si bien se trata de un legislador que no procede espontáneamente, sino a instancia de parte, y la parte es el juzgador *a quo*.[75]

En realidad, el sistema austriaco de control concentrado implica que la inconstitucionalidad, y, consecuentemente, la invalidez (y, por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por contra, los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de la inconstitucionalidad de las leyes, aunque sea con eficacia limitada al caso concreto.

En este aspecto, el maestro Cappelleti [76] indica que los jueces comunes tienen siempre la obligación de "aceptar como buenas" las leyes existentes, lo que comporta, para el procesalista italiano, una presunción de validez absoluta de las leyes, presunción que tiene eficacia operativa para todos los juzgadores, con la excepción del Tribunal de Corte Constitucional.

Lógicamente, la anterior presunción no se da, en manera alguna, en los sistemas de corte difuso o norteamericano.

Fix-Zamudio [77] sintetiza así las características del sistema austriaco:

1) Tribunal especial.

[75] *Idem*, p. 59.

[76] Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, *cit.*, p. 43.

[77] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra*, *cit.*

2) Conceptuaciones principales, de fondo.
3) Los efectos de las decisiones adoptadas no se limitan al caso concreto, sino que afectan a todos, son resoluciones *erga omnes*.

García de Enterría,[78] resume que, para Kelsen, el Poder Legislativo se ha dividido en dos órganos: *a)* el Parlamento titular de la iniciativa política ("legislador positivo"), y *b)* el Tribunal Constitucional que elimina las leyes, que no respetan el marco constitucional, para mantener la coherencia del sistema.

El sistema socialista, es decir, aquel que se da entre las naciones afectas a la órbita ideológica del marxismo-leninismo, presenta específicas connotaciones como consecuencia de la aplicación del método dialéctico de Marx al análisis y solución de la problemática social. Sabido es que, de la impresionante construcción marxista, queda en pie, "vivito y coleando" por expresarlo con una locución castellana la metodología.

Marx[79] entendía que las "superestructuras" eran un reflejo de la base material, económica, de la sociedad. Estas "superestructuras" (religiosas, jurídicas, sociales, artísticas, deportivas, culturales en definitiva) expresaban la traducción exacta de las relaciones de producción, reveladoras, a su vez, de la base económica. La tensión entre las relaciones sociales de producción y las condiciones materiales de producción significaba el punto de ebullición máximo del inminente estallido revolucionario.

Dicho más claramente, la incongruencia manifiesta entre unas condiciones materiales de producción, irremisiblemente signadas por un increíble avance de la técnica, y unas relaciones sociales de producción basadas en la propiedad privada de los medios de producción por unos cuantos privilegiados frente a la organización eminentemente social de la producción, *provocaría la ruptura y el consiguiente estallido* de la "podrida envoltura capitalista", y daría paso avasallador al primer estadio de la revolución marxista, es decir, a la "dictadura del proletariado", fase necesaria para la llegada del "término final de la evolución", o sea la sociedad concebida por el maestro de Treveris (Alema-

[78] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit.*, p. 59, *ab initio*.

[79] Marx, Karl, *El capital* (trad. Wescenlao Roces), 2a. ed., México, 3 tomos, Fondo de Cultura Económica, 1972; Marx, Karl, y Frederic Engels, *Obras escogidas*, Moscú, dos tomos, Edit. Progreso, 1977. La cita es meramente referencial, la sintetización corre, en sus aciertos y errores posibles, de mi cuenta y cargo.

nia), en toda su plenitud; estadio en donde el derecho (tal como lo entendemos nosotros, no marxista) saldría sobrando como cualquier otra forma de control social.

Inncesario, por obvio, resulta señalar que los actuales regímenes comunistas (que no marxista, distinción de suma importancia, y análoga —por otra parte— a la del liberalismo de Adam Smith y David Ricardo, y el llamado capitalismo liberal) se encuentran en la primera etapa, es decir, la de la "dictadura del proletariado" (Marx moriría de infarto, si. resucitando, contemplara lo que se dice y, sobre todo, lo que se hace invocando su nombre, aunque siempre le quedaria el relativo consuelo de que a Smith y Ricardo le ocurriría lo mismo con Mister Reagan y sus *"Chicago boys")*, y en ella, con el sibilino concepto de la "democracia real", cimiento indudable de la efectiva dictadura no del pueblo sino el partido, la elaboración constitucionalista, que nos ocupa, halla poca relevancia.

Lo anterior no quiere, ni puede ser entendido en el sentido de falta de elaboración de la jurisdicción constitucional en las naciones socialistas; existe esta producción jurisdiccional, pero estrictamente ubicada en el marco conceptual de la "legalidad socialista". Quede hecha la aclaración para evitar malentendidos.[80]

Los derechos humanos, consagrados en las constituciones de corte socialista, como lógica dimanancia de su fundamentación marxista-leninista, son contemplados en su contextualización de "legalidad socialista", ya que los mismos no pueden considerarse como verdaderos y propios derechos subjetivos oponibles a la organización estatal, según la noción occidental, sino como posibilidades concretas, otorgadas a los gobernados y a las organizaciones sociales, con la finalidad de que puedan defender sus intereses jurídicos; pero con la inexcusable condición de que su utilización lo sea para el desarrollo de los objetivos de la sociedad socialista, y *—prima facie—* para robustecer la "dictadura del proletariado".

Circunscribiéndonos (por elementales razones de economía y elementalidad del trabajo) al régimen soviético (por otra parte, base de partida de los demás países del bloque), cabe detectar una evolución de la protección jurídica de los derechos humanos. Evolutividad que viene signada, a su vez, por el acontecer histórico del fenómeno de la revolución de 1917.

[80] Terebilov, V., *El sistema judicial en la U.R.S.S.* (trad. de Pita), Moscú, Edit. Progreso, 1977, pp. 141 y ss.

La primera carta fundamental de carácter federal aparece en 1936, y la última en 1977. Entre ellas, todo un apasionante universo de desarrollo revolucionario, con sus crepúsculos y sus auroras.[81]

En las primeras fases de la revolución, noviembre de 1917, la declaración de derechos viene referida a los derechos colectivos de los pueblos de Rusia; julio de 1918. la Constitución federal de la República Soviética Rusa tenía, ya, un catálogo de derechos fundamentales de los trabajadores, y se privaba a los individuos y grupos particulares reaccionarios de los derechos, de posible ejercicio, en contra de los intereses de la revolución.

La Constitución, ésta denominada federal, de enero de 1924, cuando el movimiento revolucionario empezaba a consolidarse, carecía de una declaración de derechos, ya que se abocó a la reglamentación de la organización y funcionamiento del poder federal y local, y advino en la posibilidad de adoptar medidas de emergencia, afectadoras de los derechos humanos, y que fueron calificados como "legalidad revolucionaria".[82]

En la Constitución federal de diciembre de 1936, basada en una iniciativa de Stalin al VIII Congreso Extraordinario del Soviet Supremo del propio año, aparecen consagrados diversos derechos individuales clásicos (libertad de conciencia, de palabra, de imprenta, de reunión, de manifestación, de inviolabilidad de domicilio, etcétera), junto a un amplio repertorio de derechos socioeconómicos (derecho al trabajo, al descanso, a la seguridad social, a la instrucción, a la igualdad hombre-mujer, a la igualdad de derechos en la vida económica, cultural, social, y política, etcétera).

El sagaz jusprocesalista mexicano indica que, formalmente al menos, no cabe señalar una diferencia apreciable con las declaraciones occidentales consagratorias de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; pero, tal vez la distinción más acusada, en esta dirección, era la ubicación de esos derechos con posterioridad a la parte orgánica de la mencionada Constitución de 1936, en sentido topográfico distinto al de los países democráticos occidentales, en que los derechos suelen preceder a la organización del poder.

Sin embargo, la diferencia esencial radica en que las cartas fundamentales occidentales enfatizan los derechos humanos mediante la ga-

[81] Biscaretti Di Ruffia, Paolo, y Gabriele Crespi Reghizzi, *La Costituzione sovietica del 1977, Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell' U.R.S.S.*, Milano, Giufré, 1979, pp. 89 y ss.

[82] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 236.

rantía jurídico-formal de los mismos, con connotación preferencial, y como paso previo, necesario para su virtualidad y eficacia; en tanto que la Constitución soviética de 1936, en perfecta concordancia con la famosa frase de Engels, buscaba la "libertad real" del ser humano, ya que el hombre se hace libre "cuando toma conciencia de sus necesidades".

Y añadía, la Constitución de 1936, que los derechos garantizados a los ciudadanos debían ser ejercitados en función de los intereses de los trabajadores y con la finalidad de consolidar, definitivamente, el régimen socialista (artículo 125 y demás concordantes). El formalismo a ultranza de los "derechos burgueses" aparecía minusvalorado, por decir lo más suave; realmente era un auténtico desprecio, frente a la efectividad y realismo de los dimanantes de los preceptos constitucionales soviéticos. Derechos clasistas, pues, y no "meramente naturales".

Todo el cúmulo de derechos reconocidos iba orientado al reforzamiento de "la legalidad socialista".

El fondo de este pensamiento está constituido por la convicción de que el ordenamiento jurídico (llamado a desaparecer en el "término final" de la evolución de una sociedad verdaderamente marxista) es un sistema de relaciones concebido por interés de clase y defendido, obviamente, por la clase dominante, lo que venía a comportar que (en tanto no adviniera esa etapa final marxista) la protección de los derechos humanos estaría indefectiblemente vinculada con la tutela de los intereses del proletariado en el poder.[83]

Sin embargo, el fallecimiento del sanguinario Stalin marca, a partir de 1953, un viraje significativo. El ascenso a la Secretaría General del Partido Comunista, y consiguientemente a la cabecera del gobierno de Nikita Kruschef (señaladamente, el XX Congreso del Partido Comunista Soviético) (1956), origina una nueva dirección. Nos parece que este clima de distensión se vio favorecido por la concurrencia, en el teatro mundial, de tres personalidades señeras, cada una en su estilo, pero coincidentes en una disposición de especial humanismo; me estoy refiriendo al cardenal Roncalli, Juan XXIII; al presidente John F. Kennedy, y al propio Nikita Kruschef. El clímax del incidente de Cuba dio paso a una época esperanzadora para toda la humanidad, y esto influyó, sin alguna duda, en el proceso soviético, a los efectos que nos interesan.

[83] García Pelayo, Manuel, "Introducción al estudio de los sistemas políticos constitucionales de los países socialistas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 93-94, enero-junio de 1974.

Todo este deshielo, en la U.R.S.S., tuvo su reflejo no en la modificación de los textos constitucionales, consagratorios de los derechos humanos, sino —mucho más prácticamente— en la creación de todo un instrumental legislativo orientado a la efectiva virtualidad de esos derechos: mayor independencia de los tribunales de justicia, con la supresión del Ministerio de Justicia; nuevas disposiciones federales y de las entidades federativas en el ámbito penal; desaparición de los juicios secretos, de carácter político, ante el Ministerio del Interior; bases generales para el procedimiento civil; nuevo Código de Procedimientos Penales, etcétera. Este amplio abanico de medidas legislativas que abarca desde 1956 hasta 1961, aproximadamente, supone una tentativa de acercamiento hacia las concepciones democráticas de corte occidental y —en cierta medida— un apartamiento de la estricta "legalidad socialista" y la aparición de un socialismo de "rostro humano". Esta tendencia tuvo su culminación en el XXII Congreso del Partido Comunista de la U.R.S.S., en 1961, del que salió la idea de un "Estado de todo pueblo" como paso intermedio hacia el "término final".

En referencia a las garantías de los derechos humanos esenciales, la doctrina soviética afirmó que asumía una doble vertiente:

a) Primeramente eran de carácter material, pues comprendían las condiciones necesarias para que los mismos derechos pudieran realizarse en la práctica, y

b) En segundo lugar, existían las de naturaleza jurídica, atribuida a todos los órganos, autoridades y asociaciones, que venían obligados a preservar la legalidad socialista y a proteger los derechos de los ciudadanos, incluso de oficio, o sea sin el requisito de la previa instancia de los interesados.[84]

Se daba (en la opinión del italiano Umberto Cerroni, como señala el maestro Fix-Zamudio) una especie de interacción; esos derechos e intereses legítimos quedaban perfectamente enmarcados en el esquema de las relaciones entre la autonomía individual y la finalidad social, y —consecuentemente— al ejercitar tales derechos, el gobernado realiza, al propio tiempo, los intereses y los fines del Estado soviético.

En estas condiciones, la carta constitucional de 7 de octubre de 1977 viene a suponer la constitucionalización de todos esos derechos surgidos a partir del cambio de dirección política en 1953. En esencia, se trata de plasmar, en rango normativo constitucional, el tránsito de la dictadura del proletariado hacia la concepción del "Estado socialista de todo

[84] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.,* p. 242.

el pueblo" como paso intermedio hacia la etapa final de la evolución, siguiendo —en ello— el pensamiento de Nikita Kruschef.

La misma ubicación topográfico-constitucional de los derechos es bien significativa; por contraste con la Constitución de 1936, en donde (como ya se ha dicho) se encontraban tras la parte organizativa de los poderes, en la carta de 1977 siguen a la primera parte ("Bases del régimen social y de la política de la U.R.S.S."), conformando una segunda parte (intitulada "El Estado y la persona") dedicada a la ciudadanía y a los derechos, libertades y obligaciones fundamentales de los ciudadanos de la U.R.S.S.

No obstante lo anterior, lógicamente fiel a su filiación marxista-leninista, la propia Constitución de 1977 virtualiza el principio de no utilización contra los intereses del régimen socialista.

Así, indica Fix,[85] el artículo 39 constitucional, párrafo segundo, establece que el uso de los derechos y de las libertades de los ciudadanos no puede afectar, dañándolos, los superiores intereses de la sociedad o del Estado, o a los derechos de los demás ciudadanos. Resulta clara la realidad de esos derechos siempre en función del interés supremo, incuestionado o incuestionable, de la sociedad socialista y del Estado soviético.

Para cerrar este apartado, referido a los regímenes de características marxista-leninista, cabe resaltar la analogía de la evolución del otro "grande" del bloque de los países socialistas, es decir, la República Popular China. Como expresa Biscaretti Di Ruffia[86] la Constitución de 20 de septiembre de 1954, la de 17 de enero de 1975 (fruto de la revolución cultural de Mao-Tse-tung) y la actual de 26 de febrero de 1978, detectan una evolución similar a la soviética, claro está que con muy específicas connotaciones nacionales.

Puede concluirse, por lo tanto, que el Poder Judicial se erige en máximo defensor de los derechos de los individuos ante el creciente aumento de las facultades del Estado, y que esta defensa será tanto más efectiva cuanto mayor sea la independencia, la autoridad y la responsabilidad de los juzgadores.

[85] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

[86] Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado, cit.*, pp. 256 y ss.

VII. Los derechos humanos y la tutela jurisdiccional

Una de las más lúcidas formulaciones respecto de esta importante cuestión fue realizada por el maestro uruguayo Couture,[87] quien señaló la vinculación íntima del proceso con la tutela, directa y eficaz, de determinados derechos de la persona constitucionalmente reconocidos. Y de entre esos derechos, con muy singular relevancia, el derecho del administrado a la prestación jurisdiccional, en otras palabras y de forma esencial, el derecho de defensa en juicio, directamente referido a los fundamentales derechos de acción y de excepción.

Sin embargo, la dificultad reside en la "fronterización" característica de la materia que nos ocupa, de ahí que el proceso, en tanto que herramienta tutelar de los derechos humanos, suponga distintas dimensiones. Así, Gelsi Bidart[88] nos indica tres vertientes: 1) el proceso como garantía individual adicional; 2) como garantía procesal de derechos individuales, y 3) garantía a derechos individuales.

Pero, aquí, convendría poner de manifiesto (para dejar la temática lo más precisada posible) que toda la polémica en torno a los tribunales constitucionales (en cuanto órganos de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos) queda centrada en dos cuestiones principales.

De un lado, el problema de la tensión entre política y derecho, que plantea si los graves problemas políticos, sometidos a la resolución del tribunal especializado, pueden ser resueltos mediante los criterios y métodos de una decisión judicial. Esto comporta el cuestionamiento de si estamos en presencia de una verdadera jurisdicción, o más bien de un órgano político, con decisiones plenamente políticas disfrazadas de sentencias. Y más al fondo: si cabe la posibilidad real de judicalizar resolutivamente problemas políticos y problemas de principio siempre sometidos a enormes presiones sociales.

Y de otro (estrechamente conexionada con la anterior), dónde está el venero del que la jurisdicción constitucional extrae su repertorio de criterios para fundamentar sus decisiones, dado que su intervención comienza en el instante de la comprobación de una posible insuficiencia del texto constitucional, ya que aunque su finalidad última sea precisamente la de aplicar ese texto supremo, está acreditado que —realmente— su actividad implica un auténtico *amending power* (un poder

[87] Couture, Eduardo, J., *Las garantías constitucionales del proceso civil*, *cit.*, pp. 173 y ss.

[88] Gelsi Bidardt, Adolfo, "Proceso y garantía de derechos humanos", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 27 y ss.

de revisar la Constitución, o al menos de complementarla, de suplementarla, de construir nuevos preceptos constitucionales, probablemente ni siquiera pensados por los constituyentes).

García de Enterría [89] sintetiza magistralmente la respuesta al delicado planteamiento anterior: "Todo el problema de la justicia constitucional enraiza en una cuestión de principio: si se conviene o no en reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica."

En el caso de contestación negativa, una Constitución será concebida como un compromiso ocasional de grupos políticos, fácilmente sustituible en cualquier momento de ruptura del equilibrio establecido; lo anterior comporta una permanente incitación al cambio constitucional, como medio de mejora de las posiciones grupales o de eliminación de competidores.

Por contra, la conceptuación de la Constitución como norma jurídica implica que ha de presidir el proceso político y la vida colectiva de la comunidad. En este supuesto, la Constitución será considerada como el estatuto básico de la vida común.

El valor específico de la Constitución no es el de una norma cualquiera, de cualquier contenido, sino precisamente el de una norma esencial portadora de unos determinados valores materiales, sustantivos.[90]

Pero, de ello, deriva una consecuencia no presente en las constituciones mecanicistas, y esa consecuencia es nada menos que la necesidad de definir límites al poder por relación a los ciudadanos; más sencillamente expresados: los ciudadanos tienen derecho a una vida privada, exenta del poder estatal, así como a la dominación e instrumentación de éste, *y —además— a las actuaciones positivas del Estado para promover la libertad efectiva y la igualdad.*

Resulta obvio, agrega García de Enterría,[91] que si a esta definición de esferas de actuación se la dota deliberadamente de la connotación de norma jurídica, su eficacia debe y ha de ser jurisdiccionalmente asegurada. Aquí reside la razón (y no en elucubraciones de técnicas jurídicas más o menos sofisticadas), la concepción básica que condujo a los constituyentes americanos a crear los fundamentos de una justicia constitucional, y el basamento, asimismo, de la hasta hoy inmodificada tesis de la sentencia del caso *Marbury v. Madison*, de 1803 (ya referida en páginas anteriores de este trabajo), primera aplicación del sistema de la

[89] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit.*, p. 175.

[90] *Idem*, p. 98.

[91] *Idem*, pp. 176, 177 y 178.

judicial review. Vistas las cosas de esta manera, las objeciones contra la jurisdicción constitucional caen por su propia base.

No puede negarse que los conflictos a resolver por la jurisdicción constitucional tendrán —necesariamente— sustancia política, ya que su actividad vendrá referida a normas penetradas de dicho contenido en su más alta y noble expresión.

La diferencia evidente entre un juzgador constitucional y un juez ordinario reside fundamentalmente en lo siguiente: la jurisdicción constitucional ha de basar su juicio, en primerísimo lugar, en los valores políticos decididos por el Constituyente; mientras que la jurisdicción común lo hace en función de simples valores civiles, penales, laborales, etcétera, configurados por el legislador ordinario, y, respecto de los cuales, tanto su distinto nivel de decisión como el tráfico ordinario en que —corrientemente— se aplican han borrado ya, su carácter de valores políticos originarios para transformarse en meramente técnicos.

Por consiguiente, resulta cierto que la jurisdicción constitucional resuelve, decide, conflictos políticos; *pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos*. Y esto es rigurosamente verdadero no sólo en el plano estrictamente formal, sino también en el plano material *(administering the law by processes of rigurous legal logic)*, es decir, administrando el derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica: en definitiva: "esforzándose por alcanzar... la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada Derecho", según la expresión del juez Frankfurter, en cita de García de Enterría.[92]

Aunque conviene puntualizar que, si bien los conflictos constitucionales son —siempre— conflictos políticos, sin embargo la jurisdicción sobre materia política no es lo mismo que jurisdicción política (en el sentido de jurisdicción que sigue el tipo y el método de la decisión política); continúa siendo jurisdicción según el tipo y el método de la decisión judicial de litigios.

No obstante, la singularidad de criterios y de métodos de la jurisdicción constitucional, del juzgador de esta guisa, no constituye, en sí misma, ninguna ruptura del sistema jurídico, entendido en su completitud. Toda rama del ordenamiento, en cuanto está animada de principios institucionales específicos, ha de ser objeto de reglas interpretativas y aplicativas propias, y ello no consiste, pues, en una excepción singular del derecho constitucional.

[92] *Idem*, pp. 178 y 179.

Lo que realmente ocurre, en nuestra particular opinión, es que (como acertadamente indica Cappelletti) [93] la protección de los derechos humanos demanda de una instrumentalización adecuada para una eficiente y rápida tutela procesal, que —por razones obvias— se aleja de la sistemática común y ordinaria de protección judicial.

El fenómeno del "monstruismo estatal", cada vez más acusado, requiere de unos instrumentos especialmente eficaces para la defensa procesal de la libertad y de la dignidad del ser humano ante la atosigante intervención de las autoridades e inclusive de los distintos grupos sociales. De otra manera, la libertad y la dignidad de la persona naufragarían lamentablemente, y ello con consecuencias incalculables.

De ahí que Fix-Zamudio [94] anote la necesidad de un procedimiento con algunas de estas connotaciones: celeridad y economía procesal; amplitud de facultades al juzgador (indicativas del tránsito de un juez espectador a un juez protagonista activo), tales como las de suplir ineficiencias y errores del demandante ("suplencia de la queja", en terminología mexicana *stricto sensu)*, así como en la aportación de elementos convicciones; sistema flexible de medidas cautelares; especial énfasis en que los efectos del fallo protector sean, esencialmente, preventivos y reparadores, es decir, existencia de un sistema protector, en el que se evite la violación, actual o inminente, de los derechos fundamentales, y, en cualquier supuesto, la restitución en el disfrute de tales derechos al afectado, ya que (escluyendo algunos de carácter patrimonial) los referidos a la libertad y a la dignidad del hombre no son sustituibles por equivalentes; por último, prontas y enérgicas medidas de ejecución del fallo judicial otorgante de la tutela, como en el caso del artículo 35 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.[95]

La síntesis de todo lo anterior reside en estas claras y certeras palabras del investigador mexicano:

> En forma paulatina se ha venido sintiendo la necesidad de establecer o reforzar estos remedios procesales específicos, que se perfilan a través de la lucha infatigable de los pueblos por la protección de los derechos fundamentales, y a esto se debe la expansión tan amplia y profunda del tradicional *habeas corpus* británico, de la revisión judicial estadounidense, del juicio de amparo me-

[93] Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, cit.*, pp. 2 y ss.
[94] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*
[95] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 49, nota 84, *in fine*.

> xicano, del recurso constitucional europeo, de la *Procuratura* soviética o del *Ombudsman* escandinavo, todos ellos orientados en mayor o en menor medida a ese ideal tan notable, pero tan difícil de alcanzar, del equilibrio entre autoridad y libertad.[96]

Por tratarse de un trabajo, no exhaustivo, sino más bien generalizador, ya de por sí excesivamente extensionado a pesar de nuestra intención preeminente sintética, renunciamos al sugestivo y por demás interesante desarrollo de una mayor profundidad, de una más abierta pormenorización. Entendemos, y estimamos entender bien, que el presente esbozo es suficiente en función de los objetivos previos asignados a nuestra tarea. La jurisdicción tutelar de los derechos humanos es signo y divisa de la efectiva presencia de un Estado social de derecho, el único, por otra parte, concebible según el patrón cultural occidental.

VIII. Garantías del gobernado

Cabe pensar, en congruencia de sentido con lo hasta aquí expresado, que una efectiva protección procesal es la garantía básica del gobernado.[97]

Pero el problema inmediato a considerar es el del cuidadoso deslinde de las diversas funciones del proceso en cuanto herramienta tutelar de los derechos humanos. Y, en este aspecto, Fix[98] señala la conveniencia de establecer unas precisiones aclaratorias.

1) Desde el prisma más conocido y estudiado puede hablarse del proceso ordinario como instrumento indirecto o adicional de la protección de los derechos humanos; en otras palabras, se habla de la posibilidad de que el mismo proceso sea el medio en el que se plantee la tutela de una muy considerable parte de los derechos fundamentales del ser humano, tanto en su aspecto individual como social. Esta dirección, a su vez, permite varias hipótesis:

a) Prima facie, existen varias normaciones legales exigidoras del previo agotamiento de los medios impugnativos de carácter judicial (salvo casos específicos, por vía de excepcionalidad) para acceder a la interposición de los instrumentos concretos de protección de los derechos humanos, situación de detectar en los recursos constitucio-

[96] *Idem,* pp. 49 y 50.

[97] Galeotti, Serio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali,* Milano, Giufré, 1963, pp. 124, 125 y 126.

[98] Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento...", *cit.,* pp. 337 y ss.

nales de Suiza y República Federal de Alemania. En Perú, también, Constitución de 1979.

b) Otros ordenamientos, especialmente los del sistema jurídico angloamericano, consideran al proceso ordinario como el instrumento mediante el cual se puede plantear, incidentalmente, la cuestión de la inconstitucionalidad, cuando se estima que la ley, aplicable en el proceso, es contradictoria con la normación suprema. Esto ocurre en el supuesto de que el propio ordenamiento aplicable se considere violatorio de los derechos humanos (caso de la *judicial review),* y —entonces— se requiere, como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado.

c) Incluso en países afectos al régimen austriaco, donde existen tribunales especializados, el proceso ordinario se configura como uno de los medios para el planteamiento de la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales; caso de la denominada 'instancia judicial" *(Richter Klage),* en que los jueces de cualquier categoría o los del Tribunal Supremo (en Austria), si estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al Tribunal Constitucional, para la toma decisión de si existe o no esa contradicción con la carta fundamental.

d) En Italia, el acceso a la Corte Constitucional puede tener lugar mediante dos vías: una directa, con titularidad exclusiva para el gobierno de la República contra una ley regional, o de una región autónoma contra una ley nacional o de otra región. Y otra mediante el proceso concreto, con carácter de cuestión prejudicial, en el que el juez ordinario la plantea de oficio (a petición de parte o del Ministerio Público), cuando el juzgador común entienda que el proceso ordinario no podrá ser resuelto independientemente de la decisión que se adopte en la cuestión de la inconstitucionalidad, y enviando —además— los autos a la Corte Constitucional. En esta tesitura, tiene razón el gran Calamandrei,[99] al afirmar que el juez ordinario abre o cierra el camino de la cuestión de inconstitucionalidad, al tocarle decidir sobre la relevancia o no de la señalada cuestión, y al no existir otro medio específico, en el sistema italiano, para la directa impugnación de las violaciones de los derechos humanos.

e) Por último, el juzgador ordinario, mediante el proceso concreto (al aplicar disposiciones legales secundarias), debe interpretar dichas normas de acuerdo con los textos constitucionales y sus principios

[99] Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediar, 1961, pp. 66 y ss.

rectores. Se trata de una auténtica obligación de "interpretación constitucional de la totalidad del ordenamiento", o un "control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial". Esto adquiere importancia grande en la medida en que ese "juicio positivo de constitucionalidad", que el juez común ha de hacer para aplicar la ley (pues, en caso negativo, deberá inaplicarla, cuando para ello esté facultado, o remitir la cuestión al Tribunal Constitucional), desemboca en el señalado deber de una "interpretación constitucional de todo el ordenamiento", lo que supone, no sólo a nivel teórico sino también en la práctica, una herramienta, de no despreciable eficacia, en el ámbito difícil, complejo y delicado de la protección de los derechos fundamentales del ser humano, precisamente en el aspecto que nos ocupa, es decir, por medio del proceso ordinario. Éste tiene un reflejo, de muy considerable relevancia práctica, en el artículo 163 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978.[100]

2) La otra perspectiva, punto de vista del maestro Couture,[101] estima como garantía esencial de los justificables a la acción y a la excepción. Acción y excepción conceptuados como derechos subjetivos de carácter constitucional. En este sentido, la primera (acción) es un *poder jurídico-procesal para acudir ante la jurisdicción*, y la segunda (excepción) un *poder para pedir la libertad amenazada por la acción*.

Fix-Zamudio[102] concuerda con el procesalista uruguayo. Pero matiza su posición con algunas interesantes puntualizaciones. En primer lugar, porque la acción no es patrimonio exclusivo del actor sino también de su opositor, y en este aspecto asume un carácter de bilateralidad, y, en segundo lugar, porque no cabe una nitidez absoluta en la diferenciación de la defensa y de las excepciones.

Lo anterior tiene su más clara manifestación en la alternancia de posiciones ofensivas y defensivas en el transcurso del proceso, en que cabe que de una inicial posición de ataque, ocurra, en otra instancia, la conversión en una postura defensiva, y al revés. En esta tesitura, puede hablarse, con toda razón, de acción y de defensa, con connotaciones de inseparabilidad, como las dos caras de un mismo derecho constitucional recíprocamente complementarias.[103]

[100] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, cit.*, p. 66.

[101] Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales del proceso civil, cit.*, pp. 158 y ss.

[102] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil, cit.*, pp. 59, 60 y 61.

[103] Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972), tomo I, México, UNAM, 1974, pp. 356 y ss.

Así, el derecho constitucional de acción es conferido a todo justiciable tanto para empezar como para proseguir el proceso hasta sus últimas consecuencias (incluida la ejecución), con carácter bilateral, por consiguiente, extensible a las dos partes.

De idéntica manera, el derecho constitucional de defensa es atribuido a todo justiciable, y tiene carácter bilateral también, compartido con la acción a la que complementa. En este sentido, impide que los mismos justiciables sean afectados en sus cargas y expectativas procesales, otorgándoles oportunidades participativas, razonables y equilibradas, para exigir al juzgador la realización de cuantos actos resulten necesarios para la afirmación y la demostración de sus respectivas pretensiones, lo que Fix-Zamudio[104] vincula con el denominado "derecho o garantía de audiencia".

De esos dos aspectos esenciales (exteriorizados por los respectivos derechos de acción y de defensa), dimanan una colección de instrumentos secundarios, pero no por ello irrelevantes, que contribuyen a la dinamicidad procesal: igualdad de las partes; posibilitación de la proposición y práctica de los medios probatorios; interposición de recursos; petición de ejecución de sentencias, y otros más.

Insito en el razonamiento que nos ocupa, va la idea necesaria de diferenciar los derechos del hombre, constitucionalmente consignados, y las garantías de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales que virtualizan su practicidad y eficacia.[105]

En resumen, las garantías individuales, terminología frecuentemente utilizada en las constituciones latinoamericanas (por razones históricas, principalmente), con la connotación de consagración de los derechos del hombre, deben sustituirse por la nomenclatura, más adecuada, de "derechos fundamentales". Y, al propio tiempo, no debe descuidarse la tarea, antes al contrario, dedicarse con mayor ahínco a ella, de deslindar, con la mayor claridad posible, la conceptuación de remedio procesal, garantía de los derechos humanos, precisamente respecto de lo que algunos tratadistas han calificado como "derechos o garantías instrumentales", es decir, aquellas disposiciones constitucionales que sirven de "medio jurídico para la realización de los restantes derechos humanos".[106]

[104] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil, cit.*, p. 61.

[105] Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución, cit.*, pp. 113 y ss.

[106] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 54.

En tal sentido, el investigador mexicano[107] describe el remedio procesal interno como el instrumento establecido por el ordenamiento jurídico nacional, que por su carácter rápido, sencillo y reparador, puede hacerse valer eficazmente por los particulares afectados ante un organismo judicial ordinario o especializado, para la defensa de sus derechos humanos establecidos en la carta fundamental.

Pero no es posible olvidar, tampoco, lo que puede denominarse, con aplicación de léxico eminentemente mexicano, "formalidades esenciales del procedimiento" (artículo 14 constitucional, párrafo segundo), evidente alusión al formulismo de los actos procesales, aspecto sustancialmente importante, ya que la regulación constitucional de los actos procesales tiene una estrecha vinculación con los derechos conferidos a los justiciables.

Tan es así, que las formalidades especiales del procedimiento van especialmente dirigidas al beneficio de las partes; de ahí que los anglosajones reunan las garantías constitucionales de los justiciables y el formulismo de los actos procesales dentro del concepto, de mayor amplitud, del "debido proceso legal", como muy acertadamente señala el maestro Couture.[108]

La tendencia socializante, o socializadora, signo distintivo del derecho de nuestro tiempo, llega (como era lógico que así sucediera) al ámbito del proceso, y adviene con toda fuerza hasta tal punto que (enmarcado dentro del acceso a la jurisdicción) puede hablarse de una nueva noción del principio de igualdad de las partes.[109]

Desde muy atrás arranca el principio de la igualdad de los gobernados ante la ley (concretamente del primer precepto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de los revolucionarios de 1789), que, en materia procesal estricta, vino a desembocar en el carácter contradictorio del proceso, como equilibrio mesurado de las partes con intereses contrapuestos *(audiatur et altera pars)*, y de gran relevancia para el eficaz ejercicio de los derechos de acción y de defensa.

Pero resulta que ese carácter contradictorio, que esa igualdad de las partes, ha sufrido, sufre y sufrirá, aún más, en el futuro el impacto de las transformaciones técnicas, sociales, económicas y culturales de nuestro mundo.

[107] *Idem*, p. 56.

[108] Couture, Eduardo, J., *Las garantías constitucionales del proceso civil, cit.*, pp. 183 y ss.

[109] Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código* (trad. de Sentís Melendo), Buenos Aires, tomo I, Ediar, 1962, pp. 417 y ss.

En un mundo de corte liberal, individualista, era lógico la predominancia del principio de igualdad de las partes, aunque se trataba de una hipócrita igualdad a nivel meramente formal que no material, con la resultancia de un contradictorio formalista, y la vigencia del principio dispositivo especialmente en el proceso civil tradicional. Parecía que la "armónica mano invisible" de Adam Smith se trasladaba al terreno procesal. Y lo increíble es que esto ha durado, en los países del mundo caiptalista, hasta nuestros días.

Señaladamente, en las naciones latinoamericanas, por influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, esta aberrante situación perdura todavía en la mayoría de ellas.

Sin embargo, el signo de los tiempos se impone, y abre fuego el derecho procesal social. Es, precisamente, en el campo del derecho laboral donde la tendencia de lo que Couture se atrevió a llamar "igualdad por compensación" sienta sus reales. En México, la Ley Federal del Trabajo (reglamentaria del artículo 123 constitucional), de 1931, comienza a señalar los primeros logros en esta dirección, logros que se acentúan en la Ley Federal del Trabajo de 1970, y que culminan en las reformas procesales de 1979, que entraron en vigor en 1980. El movimiento se ha extendido, después, al derecho procesal agrario y al derecho procesal de la seguridad social, y tiene —también— su reflejo en la Ley de Amparo con la división en dos libros: uno, dedicado al amparo en general, y el otro, al amparo agrario, en donde cristaliza esa igualdad compensatoria en la específica situación jurídica estatuida para ejidatarios y comuneros.

Aunque le huyo al "chauvinismo nacionalista" (como al propio Diablo) (mi generación padeció, en sus mismas carnes, el autarquismo facistoide falangista y el anacrónico nacional-catolicismo franquista), me voy a permitir una breve alusión a España. El procedimiento civil hispano detecta dos defectos tradicionales: lentitud y carestía; pero, para delicia del posible litigante, hay que agregarle dos cosas más: una organización judicial lamentable y un complicacionismo, un enmarañamiento legislativo que literalmente impide el conocimiento más o menos claro de las normaciones jurídicas aplicables. El juez resulta enclaustrado, en la torre de marfil, mediante el dichoso principio dispositivo, rescoldo liberaloide que, en nuestra época, parece haber venido de otra galaxia.

Ante esta situación (aunque no falten), son pocos los que se atreven a mantener la pureza estricta del principio de dispositividad; todo —o casi todo— el procesalismo científico moderno español coincide en

requerir que el juzgador sea dotado del correspondiente instrumental jurídico para poder ejercer una efectiva potestad de investigación de los hechos (abandonándose el anacrónico "dame tú los hechos y yo te daré el derecho"), y lo mismo puede decirse en el orden probatorio, parcela en la que resulta claro la necesidad de que el juez "de oficio" puede ordenar la práctica de aquellas que estime pertinentes para la adquisición de la verdad, fundamento de su cognoscencia, y retirando de la circulación, o al menos mejorándolo sustancialmente, el ineficaz sistema del "mejor prever".

Precisamente, en este sentido, el profesor Jaime Guasp (en mi personal concepto, uno de los mejores procesalistas españoles de los últimos tiempos, si no el mejor) [110] mantienen —con sarcasmo de buena ley— que el principio de dispositividad no es más que una vieja reminiscencia de primitivos ordenamientos jurídicos procesales, y yo añadiría que reflejo inevitable de una sociedad, como la decimonónica hispana, que apenas estaba dejando el *status* mental, económico y cultural de la edad media, y esto, que puede parecer una auténtica exageración, es una desgraciada realidad, de la que la nación española aún no se ha recuperado, aunque brille la aurora de la esperanza con don Juan Carlos I de Borbón, el único monarca de la Casa (junto a su ascendiente Carlos III) que pudo rescatar a la dinastía de la flor de lys de la abyección, frivolidad e irresponsabilidad, en que había sido sumida con ejemplares como Carlos IV, Fernando VII y Alfonso XIII, que tanto daño hicieron a España.

En definitiva, el maestro Guasp se muestra partidario del principio inquisitivo, aunque entendido en el sentido de dotar al juez de nuestro tiempo de facultades suficientes para hacerlo salir del corsé de su función de juzgador-espectador del procedimiento, y convertirlo en director jurídico auténtico del proceso. Y su mérito radica en que —en el ambiente de la España de 1962— se anticipó con mucho a sus colegas.

Pero, ¿qué sucede en la parcela penal, donde literalmente están en juego los bienes jurídicos más preciados del ser humano? La cuestión, aquí, se complica por razones obvias. El paso del procedimiento inquisitivo al proceso penal acusatorio corresponde a un cambio socio-político-estructural. En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Exposición de Motivos) hace referencia al Reglamento Provisional de 26 de septiembre de 1835, que introduce mejoras, pero que no termina la inquisitoriedad esencial del procedimiento.

[110] Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*, Madrid, Reus, 1962, pp. 327 y ss.

Cuando surge la "gloriosa" (revolución de 1868, con Prim, Topete, etcétera), produce su reflejo en la normación procesal penal; de esta manera, las leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872 (precisamente basadas en los postulados revolucionarios de 1868), llevan a cabo un radical giro en el sistema imperante con la implantación del juicio oral y público.

No obstante (dando un inevitable temporal), la reforma de la Ley de 8 de abril de 1967, aunque la intención del legislador fuera la de transformar el sumario en contradictorio, lo cierto es que unificó las fases de instrucción y juicio, atribuyendo —en algunos casos— su conocimiento al mismo órgano judicial, lo que implicó una verdadera regresión de carácter inquisitorial.[111]

Más aún, el 11 de noviembre de 1980 aparece una desdichada "Ley orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio",[112] que mantiene la línea inquisitorial, lo que, unido a muy considerables defectos de tipo técnico, da lugar a inquietantes situaciones de falta de seguridad jurídica. La cuestión es tanto más de lamentar, cuanto que España tiene una tradición acrisolada dimanante del llamado "recurso de manifiesto de personas" en el proceso aragonés, que ofrece similitud, de cronología y de significación, con el famoso *habeas corpus* británico; tradición que tuvo su secuencia continuadora en la Constitución española de 1869 (artículo 4), que establecía que toda persona, detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los supuestos expresamente previstos en dicha carta fundamental, sería puesta en libertad, a petición de sí misma o de cualquier ciudadano español.[113]

Finalmente (por vez primera en la agitada historia constitucional hispana), la vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978, en su artículo 17.4, utiliza expresamente la locución *habeas corpus*, cuya instrumentalización procesal encomienda a una normación vía de ley. El precepto, en cuestión, establece: "La ley regulará un procedimiento de 'habeas corpus' para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional."

[111] Almagro Nosete, José, "Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal", en separata de *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1968.

[112] Lorca García, J., "Estudio de la Ley orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril de 1981, pp. 60 y ss.

[113] Fairén Guillén, Victor, "El proceso aragonés de manifestación y el británico *habeas corpus*", en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Civitas, 1969.

Tras esta somera alusión a la panorámica española, conviene retomar el hilo de nuestra argumentación. En términos generales, el proceso penal moderno tiende a conseguir un justo equilibrio (como exteriorización de la efectiva igualdad de las partes), ya que se suelen conceder privilegios procesales al acusado para dar eficacia y vigorización a su posición frente al Ministerio Público, quien (en su calidad de acusador) tiene, en principio (en tanto que funcionario público o autoridad administrativa), una incuestionable postura de preeminencia, y todo ello en función del principio *in dubio pro reo*.[114]

Pero todo lo anterior caería en la indefensión del gobernado si no se establecieron cauces para el debido asesoramiento de los justiciables no previsto de recursos adecuados, o con notoria insuficiencia de éstos. Y la solución no puede ser el "beneficio de pobreza" de origen hispánico. Solución, por otra parte, adoptada, con distintas nomenclaturas, en diversos países latinoamericanos. Tampoco ha resultado eficaz el sistema de las defensorías de oficio, ni siquiera la colaboración, gratuita y voluntaria, de los colegios o barras de abogados; la progresiva tecnificación, característica de nuestro tiempo histórico, requiere de otros instrumentos más de acuerdo con la época en que vivimos.

Tal vez la solución venga (como tantas otras cosas) de la mano de la cultura anglosajona, que vive un muy prolongado momento de esplendor, pues la antorcha británica pasó a manos de los norteamericanos. Concretamente en Inglaterra, después de la Segunda Guerra Mundial, año de 1949, apareció un *nuevo sistema denominado legal aid*.[115]

La institución del *legal aid* es, en realidad, un asesoramiento jurídico y procesal. *Sustituye al tradicional sistema de la ayuda voluntaria y gratuita de los colegios y barras de abogados* (orientada más que nada a la defensa en juicio de los totalmente carentes de recursos económicos), *por un asesoramiento legal bastante amplio* por parte de organismos públicos (generalmente autónomos), que —en determinados supuestos— cubren los gastos del proceso, generalmente cuando el solicitante de la prestación del servicio acredita carencia o insuficiencia de medios pecuniarios y que su pretensión no está exenta de fundamentos.[116]

[114] Sentís Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, EJEA, 1971, pp. 48 y ss.

[115] Marsh, Norman S., "La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, 1959-1960, pp. 107 y ss.

[116] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

En Latinoamérica[117] existen los defensores de oficio (como se ha apuntado *ut supra*), los procuradores de pobres, de trabajadores, de campesinos, etcétera, de escasa eficacia por razones de índole muy diversa, y cuya actividad se basa más en consideraciones de eticidad medieval, consagradas en el periodo colonial (con base, además, en un verdadero estado de indigencia del solicitante), y que han sido desbordados por las necesidades del presente, que requieren la asistencia jurídica con el carácter de una auténtica prestación de seguridad social jurídica, como ocurre con los servicios médicos.

El sistema del *legal aid*, con las particularidades características de cada país, se traslada a Estados Unidos (1964); Francia (1972); Israel (1973); Suecia (1972); Quebec (Canadá, 1972); Austria (1973), e Italia (1973), entre otros.

La prestación del servicio suele hacerse mediante oficinas jurídicas, verdaderos bufetes colectivos, con sectores diversos de especialización y personal técnico de tiempo completo, y remuneración satisfecha con cargo a fondos públicos; al arquetipo puede ser considerado las *Neigborhood Law Offices* en los Estados Unidos.

En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la U.R.S.S., el asesoramiento jurídico es proporcionado por oficinas públicas exclusivamente, a través de bufetes colectivos, ya que está prohibido el ejercicio libre de la profesión. En Cuba, su organización tiene su base en la Ley de Organización del Sistema Judicial de 1973 y el Reglamento de los Bufetes Colectivos de 1974, lineamientos que fueron respetados por la nueva Ley de Organización del Sistema Judicial de 1977 (para su adaptación a la nueva Constitución de 1976).

En la U.R.S.S., se trata de verdaderas oficinas públicas de consulta jurídica, cuyo desenvolvimiento y operatividad tienen el límite infranqueable del respeto a la legalidad socialista.[118]

Si quisiéramos resumir, y pretendemos hacerlo aun a riesgo de una excesiva sintetización, todo el movimiento para una efectiva protección y eficacia de las garantías de los gobernados viene a cuajar en esos *institutos jurídicos* (por utilizar la terminología del maestro Savigny), que —partiendo del *Ombudsman* sueco, rápidamente extendido a los demás países escandinavos— se han difundido por el resto del

[117] García Ramírez, Sergio, "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en el colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970), México, UNAM, 1971, pp. 391 y ss.

[118] Peccori, Paolo, "Il costo del processo civile e i non abbientinell' Unione Sovietica", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, abril-junio de 1970, pp. 261 y ss.

mundo aunque con denominaciones distintas: defensor del pueblo, comisionado parlamentario, procuradurías socialistas, etcétera.

En síntesis, y advirtiendo sus diversas connotaciones nacionales, Fix-Zamudio[119] señala las siguientes características comunes:

Primera. Son nombrados por los respectivos parlamentos.

Segunda. Recibida la designación, se convierten en autónomos respecto del órgano designante.

Tercera. Facultad de recibir quejas de los ciudadanos en referencia a la actividad administrativa, y capacidad para actuar de oficio.

Cuarta. Proponen soluciones a las autoridades, si bien carecen de facultades impositivas.

Quinta. Su objetivo no es tanto la legalidad (que no discuten) sino su eficacia y oportunidad.

No es éste un trabajo, y lo reiteramos a fuerza de abundantes (existe un adagio jurídico que indica: "lo que abunda no daña"), con intención de especificidad, sino más bien de todo lo contrario, de generalidad. Su propósito nos parece cumplido, al menos en mínima parte, de ahí que pasemos al último apartado del capítulo final del mismo, conscientes, pero que muy conscientes, de haber tenido que prescindir, adrede de planteamientos concretos sumamente interesantes.

IX. Situación actual

Sería pretencioso, ineficaz y vano, sobre todo, el intentar, siquiera, una panorámica total de la actual situación de las cuestiones, que nos han ocupado a lo largo de nuestra tarea; lo que sigue no es más que una serie de precisiones, en relación con algunos países, escogidos sin otro criterio que disponer de una base bibliográfica uniforme, y, en alguna medida actual, no existe, no puede existir, una pretensión de exhaustividad.

El profesor uruguayo Gros Espiell[120] señala que un análisis del tema "La Constitución y su defensa" no puede ser realizado desde la misma perspectiva (aunque se pretenda un estudio jurídico estricto), en los supuestos en que existe una normalidad constitucional, que en las situaciones (desgraciadamente frecuentes en Latinoamérica) de destrucción, arrasamiento o abrogación del texto constitucional.

[119] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*

[120] Gros Espiell, Héctor, "La Constitución y su defensa", en *Congreso: La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 619.

En el último caso, aunque el régimen nacido de la violación de la Constitución (en ese instante vigente) enfatice el mantenimiento de la misma en todo lo no derogado por los textos, actos, decretos o estatutos "constitucionales", dimanantes de las nuevas autoridades fácticas, lo cierto es que *—stricto sensu—* no puede hablarse, con propiedad, razón y justicia, de un régimen de defensa de la Constitución.

Existen algunos mecanismos o procedimientos, políticos o jurisdiccionales, para la defensa de los restos de la Constitución demolida o de los nuevos textos "constitucionales" sustitutivos parciales de la verdadera Constitución (única, por otra parte, que puede ser estimada como legítima).

Pero esta subsistencia, parcial y limitada, de mecanismos o procedimientos de defensa constitucional (determinados contralores políticos, específicas formas de ejercicio de la jurisdicción constitucional, procedimientos reformatorios de la Constitución, teóricamente subsistentes, aunque no se utilicen para la modificación de la carta por el gobierno fáctico, etcétera), *no permiten afirmar que en el país exista un verdadero y real sistema (de base constitucional) para la defensa de la Constitución.*

Ante ello, Gros Espiell estima que, en sentido estricto, sólo sea correcto hablar, en tales situaciones, de defensa de la Constitución para caracterizar las acciones políticas dirigidas a restaurar el imperio de la Constitución legítima y restablecer el normal funcionamiento de los poderes del gobierno.

En Uruguay (continúa Gros Espiell), el sistema constitucional, establecido por la carta de 1966, feneció con el "gorilazo" del 27 de junio de 1973. Un "gobierno cívico-militar" alteró sustancialmente el régimen constitucional y estableció un "orden institucional transitorio".

Con esta facilidad inesquivable, por ahora, en el país (que mi maestro de derecho internacional, don Mariano Aguilar Navarro, denominó "florón cultural de la hispanidad"), el término "jurisdicción constitucional" ha de entenderse en el sentido de actividad jurisdiccional dirigida a verificar la concordancia de las normas jerárquicamente inferiores (especialmente leyes y actos administrativos) con la Constitución, para que, en el caso de que estos actos legislativos o administrativos hayan sido dictados con violación de las formas impuestas por el texto constitucional o estén en contradicción con una norma de la Constitución, pueda declararse por el órgano u órganos competentes su inconstitucionalidad y su consiguiente inaplicabilidad.[121]

[121] *Ibidem.*

La degeneración de la defensa constitucional, en Uruguay, por lo que hace a los últimos tiempos, detecta (al decir de Gros Espiell) tres momentos: Acto Institucional No. 8 del 1º de julio de 1977; Proyecto de Reforma Constitucional, rechazado por el pueblo, el 30 de noviembre de 1980, y, finalmente, Acto Institucional No. 12 del 10 de noviembre de 1981.

El Acto Institucional de primero de julio de 1977 mantuvo (por lo menos a nivel teórico) la vigencia de los artículos 256 al 261 de la Constitución atacada, que hacen referencia a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Pero la sección XVII del texto fundamental de 1966 ("De lo contencioso administrativo") cambió su denominación a "De la justicia administrativa", y su normación fue sustituida de conformidad con lo establecido en el Acto Institucional No. 8 de julio de 1977.

El proceso de regresión constitucional no se limitó a un cambio de nomenclatura, sino que llegó más lejos, de forma especial asignó al Tribunal de lo Contencioso Admiinstrativo no sólo competencia en lo contencioso de anulación, sino también en el de reparación, que —en el sistema tradicional uruguayo— correspondía a los órganos competentes del Poder Judicial.

El 27 de junio de 1973, el presidente de la República, utilizando "potestades constituyentes" (primer considerando del Acto Institucional No. 2 de 12 de junio de 1973), había procedido a declarar disueltas la Cámara de Senadores y la Cámara de Representantes, y creó un Consejo de Estado (cuya integración sería por miembros designados por el propio presidente), que tendría las siguientes atribuciones:

a) Desempeñar interinamente las funciones específicas de la Asamblea General.

b) Controlar la gestión del Poder Ejecutivo relacionada con el respeto de los derechos individuales de la persona humana y con la sumisión de dicho Poder a las normas constitucionales y legales.

c) Elaborar un anteproyecto de reforma constitucional que reafirme los fundamentales principios democráticos y representativos, a ser oportunamente plebiscitado por el cuerpo electoral.

El ruido del "Consejo de Estado" fue más que las nueces, su actividad, por lo que nos concierne (y lo que nos concierne es la eficaz protección de los derechos humanos) quedó en una mera posibilidad teórica sin ninguna efectividad en la práctica.

La siniestra intención del Acto Institucional No. 8 de julio de 1977 despojó a la Suprema Corte de Justicia hasta de su nombre, sustitu-

yéndolo por el de Corte de Justicia, y a sus miembros los vinculó al carro de los gorilas mediante la designación por el Consejo a propuesta del Poder Ejecutivo. La independencia del Poder Judicial fue literalmente barrida, y con ella la más remota protección de los derechos humanos.

Los militares en el poder, ya sin recato, se abocaron al proyecto de reforma constitucional en el año de 1980. Por lo que nos interesa (se deja consignado su masivo rechazo), en cuanto a la jurisdicción constitucional, el capítulo VI de la sección IX (del Poder Judicial) se refería a la declaración de inconstitucionalidad. En lo referente al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el proyecto non nato tomó en cuenta las negativas fórmulas del ya comentado Acto Institucional No. 8 de 1977.[122]

El Poder Judicial fue tratado utilizando el repertorio del Acto Institucional No. 8 de 1977, y se creaba un increíble "tribunal de control político" (sección X), y todo lo anterior permite afirmar a Gros Espiell que, de haber sido aprobado, su vigencia habría significado un ataque grave y un real impedimento a toda posibilidad de acción de una jurisdicción constitucional e independiente.

El 10 de noviembre de 1981 el Poder Ejecutivo (en uso de las *facultades institucionalizadoras del proceso cívico militar*) decretó el Acto Institucional No. 12 derogatorio del No. 8, varias veces referido, con excepción de lo establecido en los artículos 43, 44 y 45 referentes a las funciones y competencias del Ministerio de Justicia.

En definitiva, el sistema vigente, en el Uruguay, al menos de momento, resulta de los artículos 15 al 18 (capítulo VII), del Acto Institucional No. 12 (que sustituyeron las normas pertinentes, sobre esta materia —jurisdicción constitucional— de la Constitución de 1966) y de la Ley No. 13747 del primero de julio de 1969, en lo que no ha sido derogado tácitamente por el Acto Institucional No. 12 de 1981.

En referencia a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de declarar la inconsitucionalidad de las leyes, el régimen vigente puede sintetizarse así:

1) *En cuanto a la materia*

Pueden ser declaradas inconstitucionales las leyes y las demás normas que tengan fuerza de ley (Acto Institucional No. 12, artículo 15). Las leyes son los actos jurídicos sancionados por el Poder Legislativo

[122] *Ibidem.*

y promulgados por el Poder Ejecutivo (Constitución 1966, sección VII, artículos 133 a 146). No obstante, a partir de junio de 1973, son leyes también los actos jurídicos sancionados por el Consejo de Estado y promulgados por el Poder Ejecutivo (Decreto de 27 de junio de 1973, artículo 1, letra a), y Acto Institucional No. 2).

La Constitución no define cuáles son "las demás normas que tengan fuerza de ley". En el régimen constitucional de 1966 lo eran los decretos de los gobiernos locales, que tuvieran fuerza de ley en su jurisdicción (artículo 260 y Ley No. 13747, artículo 1). Pero, a partir de las modificaciones de 1973, normas que tengan fuerza de ley no existen, fuera de las propias leyes.

Los actos institucionales, dictados a partir del Decreto de 27 de junio de 1973 (dictados por el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades conferidas por la "institucionalización del proceso cívico-militar"), no son normas que puedan ser declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte, pues ni son leyes ni normas con fuerza de ley, sino actos jurídicos autoproclamados de "naturaleza constituyente"; por idéntica razón no podría ser declarado inconstitucional el Decreto del 27 de junio de 1973. La inconstitucionalidad del mencionado decreto y de los actos institucionales subsiguientes está muy por encima de las posibilidades de la Suprema Corte de Justicia.[123]

2) *En cuanto a las razones de la inconstitucionalidad (Acto Institucional No. 12 de 1981, artículo 15, y Ley No. 13747, artículo 1)*

La inconstitucionalidad puede ser por razón de forma o de contenido, es decir, porque la norma impugnada no haya sido dictada con respeto de las normas constitucionales, reguladoras del proceso de elaboración de las leyes (sección VII de la Constitución de 1966, artículos 136-146; Actos Institucionales Nos. 2 y 11, y Decreto del 27 de junio de 1973), o porque el precepto atacado viola una disposición de fondo de la Constitución.

3. *Titularidad de la solicitud*

"Son todos aquellos que se consideran lesionados en un interés directo, personal y legítimo" (Acto Institucional No. 12; Ley No. 13747, artículo 4, letra a). En otras palabras, pueden ser titulares de la petición de declaración de inconstitucionalidad: las personas físicas o las personas morales o jurídicas (sean públicas o privadas), que se estimen

[123] *Ibidem.*

lesionadas en un interés, que cumpla con los requisitos de ser directo, personal y legítimo.

En el supuesto de planteamiento de oficio, son el tribunal o el juez que entienden de cualquier procedimiento judicial, y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los que —en su caso— pueden plantear la declaración de inconstitucionalidad (Acto Institucional No. 12; Ley No. 13747, artículo 4, letra *b*).

4. *Planteamiento de la declaración de inconstitucionalidad*

a) *Por vía de acción* (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso primero, número 1, y Ley No. 13747, artículo 5, 1). Esta posibilidad ha sido denominada "vía directa" o "vía principal" por la doctrina. La razón reside en que tanto si la constitucionalidad se plantea por la llamada vía de acción, como si se realiza por la denominada vía de excepción, siempre se ejercita una acción (pretensión).

La ley entiende que la inconstitucionalidad se plantea por vía de acción "cuando no existe procedimiento judicial pendiente"; en este caso, deberá interponerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia.[124]

El artículo 14 de la Ley No. 13747, al regular el trámite del "petitorio por vía de acción", prevé dos procedimientos, al establecer:

> Cuando la declaración de inconstitucionalidad fuera interpuesta por vía de acción, se sustanciará con un traslado a las partes a quienes afecta la Ley o el decreto del Gobierno Departamental correspondiente, con fuerza de ley en su jurisdicción, y al Fiscal de la Corte, quienes deberán expedirse en el término de veinte días. Si la persona fuera indeterminada, se prescidirá de conferírsele traslado.

Se contemplan, pues, dos situaciones distintas: *i)* cuando es determinable la parte a quien afecta la ley o el decreto del gobierno departamental, e *ii)* cuando la persona afectada resulta indeterminada.

No se trata, afirma Gros Espiell,[125] de dos formas de petitorio por vía de acción de naturaleza diferente, sino únicamente hay, en un caso, una persona determinada que sería afectada, directamente, por la declaración de inconstitucionalidad de la ley o decreto departamental, en

[124] *Ibidem.*
[125] *Ibidem.*

cuestión, y, en el otro, una situación en que esa persona es indeterminada.

b) *Por vía de excepción* (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso primero, número 2), que la ley denomina vía de excepción o defensa (Ley No. 13747, artículo 5, 2). Este planteamiento "necesariamente deberá oponerse ante el juez o tribunal que esté conociendo en dicho procedimiento judicial", y sólo podrá solicitarse hasta la citación para sentencia en la instancia pertinente (ley citada, artículos 2, 5 y 6, inciso primero).

Planteada la inconstitucionalidad en esta forma, se elevará a la Suprema Corte de Justicia testimonio de la cuestión planteada, y proseguirán los trámites, ante el juzgado de origen, sólo hasta el llamado de autos para resolución o sentencia, debiendo estar luego a lo que fallara la Suprema Corte de Justicia (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso tercero).

c) *De oficio.* Por el tribunal o juez que conozca en cualquier procedimiento judicial, o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Acto Institucional No. 12, artículo 17, inciso segundo), siendo el procedimiento igual al del caso anterior (*b*).

5. *Tramitación*

Los trámites, requisitos exigibles y demás cuestiones procesales del planteamiento de la inconstitucionalidad están regulados por los artículos 7 al 18 de la Ley No. 13747, y su exposición resulta de todo punto imposible, dada la tónica impuesta a este trabajo elemental.

6. *Efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad*

El principio general viene determinado por el artículo 18 del Acto Institucional No. 12, interpretado por el artículo 17 de la Ley No. 13747, que preceptúa: "La sentencia se limitará a declarar la inconstitucionalidad o constitucionalidad de las disposiciones impugnadas y solamente tendrá efecto en el caso concreto en que fuera planteado."

Cabe sintetizar en el sentido de que, cuando la declaración de inconstitucionalidad es la consecuencia de su planteamiento por vía de excepción o efectuado de oficio, es fácil determinar los efectos del fallo, ya que éste, si declara la inconstitucionalidad, hace inaplicable la disposición en los procedimientos judiciales en que se haya pronunciado

(Acto Institucional No. 12, Ley No. 13747, artículo 18, inciso primero). primero).

Ahora bien, la cuestión se complica muchísimo (hasta límites extremadamente sugerentes, pero que exceden, por completo, de las posibilidades de nuestra tarea) cuando la declaración de inconstitucionalidad ha sido planteada por vía de acción. Y la complicación dimana, en parte esencial, por la ambigüedad, por decir lo más suave, del inciso segundo del artículo 18 de la Ley No. 13747, que establece:

> Si hubiera sido solicitada por vía de acción o principal, la sentencia tendrá eficacia para impedir la aplicación de las normas, declaradas inconstitucionales, al que ha promovido la declaración y obtenido la sentencia, pudiendo hacerla valer como excepción en cualquier procedimiento jurisdiccional o en el anulatorio del Contencioso Administrativo.

Respecto del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, su ámbito competencial se vio sustancialmente alterado por el reiterado Acto Institucional No. 8, de julio de 1977. Su régimen actual deriva del también referido Acto Institucional No. 12, que, aunque derogatorio del No. 8, continuó en mucho con sus lineamientos, apartándose de las fórmulas constitucionales de 1952 y de 1966.

Su régimen actual le permite continuar en el ejercicio de su atribución de anular los actos administrativos contrarios a la Constitución, con la salvedad de que, en los casos en que esos actos resulten directamente de una ley que el Tribunal estime inconstitucional, debe plantear, previamente a la anulación de oficio, la declaración de incostitucionalidad de esa ley ante la Suprema Corte de Justicia.[126] La anulación, en puridad jurídica, puede pronunciarse no sólo como consecuencia de que el acto sea contrario a la regla de derecho (o sea violatorio de la Constitución), sino también por desviación de poder.

El Acto Institucional No. 12 (derogatorio del No. 8 del mismo rango), se mantuvo en la línea del anterior en lo referente a la exclusión de todo control jurisdiccional sobre los actos políticos y los actos de gobierno, así como lo relativo a los actos fundados en razones de seguridad nacional y los actos de interés público declarados por la ley (artículo 23). No hace falta ninguna perspicacia jurídica para entender la peligrosísima limitación de las posibilidades de control jurisdiccio-

[126] *Ibidem.*

nal, con especial afectación para la eficacia de la protección de los derechos humanos.

En un país de la gran tradición jurídica del uruguayo, la jurisdicción constitucional, hasta el desdichado golpe de Estado militaroide de 1973, cumplió los propósitos de las constituciones de 1934, 1942, 1952 y 1966. La nación, con los defectos inherentes a cualquier sistema, vivió bajo régimen de garantía procesal de los derechos humanos. A partir de 1973, en los términos expuestos anteriormente, la situación sufre un deterioro del que Uruguay saldrá merced a la lucha de su pueblo.[127]

En Argentina, los sucesos políticos-sociales-económicos del año 1982, y del corriente de 1983, permiten augurar un definitivo descalabro de los militares, aprendices, malos aprendices, de políticos, que usurpan la soberanía nacional, y un retorno a un verdadero Estado de derecho.

Sintetizando, para evitar, en lo posible, la extensión de un trabajo que, no obstante, alcanza ya límites superiores a lo previsto, procuraremos señalar las características fundamentales del sistema rioplatense de la jurisdicción constitucional. Para ello seguiremos a los profesores Vanossi y Ubertone de la Universidad de Buenos Aires.[128]

Indican Vanossi y Ubertone que, para el jurista argentino, el término "justicia constitucional" evoca directamente el tema del control judicial de constitucionalidad. Señalan, al propio tiempo, que el sistema argentino de control de constitucionalidad es semejante al sistema norteamericano, basado —como hemos reiterado varias veces en el transcurso de estas páginas— en la doctrina sentada en el famoso caso *Marbury* vs. *Madison,* por el juez John Marshall.

Las características principales del sistema argentino, a escala nacional, son las siguientes:

1) Es un sistema *judicial,* ya que el control se ejerce por órganos del Poder Judicial.

2) Es un sistema *difuso,* porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad. Señalan, al propio tiempo, que en el sistema italiano, francés o austriaco, donde se connota la "concentrabilidad"

[127] Gros Espiell, Héctor, "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XII, núm. 35, 1979.

[128] Vanossi, Jorge Reinaldo A., y Ubertone Pedro, Fermín, "Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina", *La Constitución y su defensa,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

en un único tribunal, no existe un fuero específico que tenga la exclusividad en el ejercicio del control de constitucionalidad.

3) Las decisiones de los juzgadores solamente pueden expedirse en *juicios o casos judiciales* (litigios entre particulares o entre particulares y el Estado).

4) Los jueces ejercen el control respetando *las reglas de su competencia jurisdiccional,* es decir, que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, etcétera.

5) Los juzgadores ejercen el control de constitucionalidad en *casos concretos,* pero no cuando la cuestión se ha constituido en *abstracta* (equivalente a lo que los norteamericanos llaman *moot cases*).

6) Los jueces ejercen el control de la constitucionalidad *a pedido de las partes integrantes o afectadas* por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

7) El control de constitucionalidad recae sobre toda clase de normas; se ejerce no solamente sobre las leyes nacionales y provinciales (locales), sino también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.

8) *Actos o hechos de particulares* también son susceptibles de control de constitucionalidad.

9) Los tribunales judiciales *no* ejercen control sobre las cuestiones calificadas como *políticas* (cuestiones políticas no justiciables o "actos de gobierno")", dimanantes de facultades privativas de los otros poderes.

10) El control de constitucionalidad recae sobre aspectos de fondo o contenido de las normas impugnadas, no comprendiendo las cuestiones formales o de procedimiento de su sanción (únicamente controladas en casos muy especiales, por vía de excepcionalidad; así, el veto y promulgación parcial de una ley).

11) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias de los juicios, produciendo efectos únicamente valederos para el caso concreto y sin alcance general *(efectos inter partes y no erga omnes).* La norma impugnada *sigue válida* y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó. Cuando un juez declara la inconstitucionalidad de una norma se limita a *no aplicarla en el caso judicial,* que por ese mismo acto resuelve.[129]

[129] Vanossi y Ubertone, "Instituciones de defensa de la Constitución en la Argentina", en *Congreso..., cit.*

12) La decisión judicial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma *solamente afecta a la parte necesaria* de esa norma; pero los efectos de la declaración judicial no se extienden al resto o demás partes de la norma, que quedan inafectadas, invulnerables (siempre que sean escindibles).

Puede afirmarse que, en general, el sistema argentino de control de la constitucionalidad es bastante amplio. Argentina es un Estado de carácter federal, en el que existen tribunales nacionales y tribunales provinciales, y todos ellos (en la medida de su competencia jurisdiccional) controlan la concordancia de las normas nacionales o provinciales con la Constitución nacional, es decir, un tribunal provincial puede declarar la inconstitucionalidad de una norma nacional, por ser contraria a la Constitución nacional.

En cuanto a la extensión de lo controlable, en principio y también en términos generales, hay una gran amplitud. Pueden ser objeto de control: normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales como de particulares; sean los órganos estatales del gobierno nacional o de los gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.[130]

Vanossi y Ubertone, a guisa de ejemplo, señalan como actos controlables: las leyes nacionales y provinciales, los actos y reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. A los anteriores, se agregan dos institutos con evidente carácter de originalidad.

a) *Actos de particulares.* Proceden de la construcción jurisprudencial del último cuarto de siglo. Así, la protección de los derechos constitucionales frente a agresiones provenientes no ya de la autoridad pública sino de particulares, sean estos personas físicas o jurídicas, grupos ocasionales sin personalidad jurídica, etcétera. (Indican el caso "Kot", de la Corte Suprema, año de 1957, al acordar amparo, a favor del reclamante, frente a la ocupación de una fábrica por un grupo de obreros.)

b) *Sentencias arbitrarias.* Esta "doctrina de las sentencias arbitrarias" tiene sus antecedentes en la jurisprudencia de la Suprema Corte desde 1909 (casos "Rey c. Rocha"); aunque su definitiva afirmación no se realiza sino desde la segunda mitad de la década de 1950. La sentencia que incurre en arbitrariedad, al lesionar derechos constitucionalmente reconocidos, resulta afectada del vicio de inconstitucional-

[130] *Ibidem.*

lidad de igual forma que puede estarlo una ley, un decreto, o cualquiera otra norma de rango estatal.

El problema radica en la no fácil determinación del concepto de "sentencia arbitraria". La esencialidad de la noción parece consistir en la falta de algunos de los requisitos mínimos que ha reunir una sentencia. Por supuesto, hay que rechazar la doctrina de la arbitrariedad en el sentido de que se sustituya el criterio de los jueces de otras instancias por el de la Corte Suprema.

La doctrina de la arbitrariedad se proyecta hacia la privación de efectos de una sentencia que carezca de razones suficientes para fundarla. Existen un mínimo de requisitos jurídicos que toda sentencia (para serlo) ha de cubrir. La falta de uno de ellos podría malograr todo un proceso hasta allí adecuadamente realizado. Si la sentencia los reúne, no hay arbitrariedad, aunque el pronunciamiento se considere equivocado. Si no los contiene, la sentencia es arbitraria y la causa ha de ser nuevamente fallada, de conformidad con el artículo 18 y demás concordantes de la Constitución nacional.[131]

La anulación de las sentencias arbitrarias (afirman Vanossi y Ubertone) está enraizada en un fuerte basamento constitucional. Las opiniones, sin embargo, no son tan unánimes en cuanto a las normas concretas, que sirven de sostén o apoyo al acto jurisdiccional de dejar sin efecto la sentencia viciada de arbitrariedad.

En esta parcela específica, unos invocan la garantía de defensa en juicio (artículo 18, Constitución nacional), y otros acuden a la innominada garantía del "debido proceso legal", motivos a los cuales Vanossi y Ubertone añaden una "garantía innominada de no arbitrariedad", dimanante del artículo 33 de la Constitución nacional, y que afecta a la totalidad del ordenamiento jurídico. Dicha garantía, o protección constitucional, se traduce —para los justiciables— en una existencia de razonabilidad, en amplio sentido. Se trata, pues, de un derecho o pretensión que corresponde a todos los habitantes frente a las sentencias y actos judiciales en general.

Siguiendo a Genaro Carrió, los autores argentinos citados (en el trabajo tantas veces referenciado) ponen de manifiesto que la expresión arbitrariedad tiene una función descalificadora; pero indicando que, mientras su significado valorativo es siempre el mismo, los criterios de aplicación son múltiples y heterogéneos. Dichos criterios, pues,

[131] *Ibidem*, y Carrió, Genaro, "Sentencia arbitraria", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965, I y II, pp. 9 y ss.

constituyen auténticas causales de arbitrariedad. La clasificación de Carrió de esos criterios es la siguiente:

1º *Objeto o tema de la decisión. A)* Omisión de resolver cuestiones propuestas; *B)* Resolución de cuestiones no planteadas.

2º *Fundamentos de la decisión. A)* En la premisa mayor: *a)* jueces que se arrogan una función de legisladores; *b)* prescindencia del texto legal; *c)* aplicación de preceptos derogados; *d)* fundamentación en pautas de excesiva amplitud. *B)* En la premisa menor: *a)* prescindencia de prueba decisiva; *b)* invocación de prueba inexistente; *c)* contradicción con otras constancias de la causa. *C)* En la premisa mayor, en la menor, o en el tránsito de una a la otra: *a)* afirmaciones dogmáticas; *b)* excesos formalistas o rituales; *c)* autocontradicción.

3º *Efectos de la decisión:* Pretender dejar sin efecto decisiones definitivamente firmes.

Finalmente, cabe hacer una referenciación a la "inconstitucionalidad parcial" y al inherente problema de la divisibilidad.

Resulta conveniente señalar que la divisibilidad puede ser aplicada a las normas y a las llamadas sentencias arbitrarias. En relación a las normas (como ya se ha dicho), implica que la decisión judicial sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad afecta exclusivamente a la *parte necesaria* de esa norma; pero los efectos de la citada declaración no se extienden al resto, *que quedan invulnerables siempre que sean escindibles*. La comprensión de lo anterior es fácil si pensamos en el supuesto de una ley extensa, que contenga sólo un artículo o inciso viciado de inconstitucionalidad; la declaración judicial afectará sólo a esa parte, pero no invalida el resto de la ley.

En cuanto a las "sentencias arbitrarias", la Suprema Corte, vía jurisprudencial. ha establecido el "principio de divisibilidad", admitiendo la separación entre partes válidas y partes inválidas o viciadas. La reacción doctrinal, ante esta postura de la Corte, ha distado mucho de un consenso, aunque —indican Vanossi y Ubertone— cabe traer a colación (como ejemplo, a favor de la posibilidad divisoria) el del caso de aquellas sentencias definitivas solamente impugnadas en referencia a la imposición de costas u otras partes igualmente accesorias del pronunciamiento.[132]

Pero existe un límite sustancial a la actividad del control de la constitucionalidad; este sector está constituido por los "actos de gobierno" o los "actos políticos". Desde luego —afirman Vanossi y Uberto-

[132] Vanossi y Ubertone, "Instituciones de defensa de la Constitución en Argentina", en *Congreso..., cit.*

ne—, la Constitución no excetúa del conocimiento y decisión judicial a ningún tipo de *casos* o *causas;* no obstante, la Corte Suprema ha interpretado que los jueces deben abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad en las denominadas "cuestiones políticas".

Las cuestiones políticas son algo equivalentes a los "actos de gobierno" y a los "actos políticos", ya que dichas cuestiones atañen al ejercicio de ciertas facultades privativas de los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo); pero como se trata de una categoría de cuestiones que no están tipificadas ni en la Constitución ni en la ley, puede ocurrir que algunos casos dejen de ser considerados como "cuestiones políticas", y, consecuentemente, los jueces asuman el control de constitucionalidad sobre ellos; así (ejemplifican, Vanossi y Ubertone),[133] con los problemas electorales, convertidos en "justiciables", y hoy existe un fuero o justicia electoral, en calidad de integrante del Poder Judicial.

También, como exención a la no justiciabilidad de las "cuestiones políticas", los aspectos vinculados con los efectos particulares de los actos de aplicación de las medidas que el Ejecutivo decide como consecuencia del ejercicio de facultades privativas esencialmente políticas, por ejemplo, declaración del "estado de sitio", o de excepción, acto privativo de los poderes políticos, no sujeto a control judicial, y las medidas concretas dimanantes o necesarias para su aplicación (suspensión de una reunión, cierre de un periódico, etcétera); esas medidas concretas de aplicación pueden ser objeto de un control de "causalidad" y de "razonabilidad" en referencia a los fines y límites constitucionales.

Los principales actos "no justiciables" son los siguientes: declaración del estado de sitio; declaración de una intervención federal en las provincias; declaración de "utilidad pública" de bienes para expropiarlos; declaración de guerra; celebración de paz; declaraciones de "emergencia" para la aprobación de ciertos impuestos nacionales (contribuciones directas por tiempo determinado); actos relativos a las relaciones exteriores; expulsión de extranjeros; etcétera.

Se trata, en definitiva, de un conjunto de atribuciones constitucionalmente conferidas a los poderes políticos con carácter privativo (facultades discrecionales, no regladas). Pero la aplicación de estas atribuciones pueden engendrar responsabilidades, cuando resulten afectados derechos individuales como consecuencia de una desviación de poder (control de "causalidad" y de "razonabilidad").

[133] *Ibidem.*

La amplitud y extensión de las "cuestiones políticas" han sido criticadas, y se detecta una tendencia general de restricción de la categoría de los actos exentos de control judicial, y ello tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, con la intención de conseguir una plenitud ejercitante de la potestad de control jurisdiccional.

La situación política actual del gran país del Río de la Plata pone de dramática actualidad todo lo dicho. Entendamos que existen ciertas facultades especialmente reservadas al Poder Ejecutivo; pero ello, para evitar atentados, debe tener su contrapartida en que los tribunales pueden ejercer medidas de control efectivo sobre la aplicación concreta de lo ordenado como consecuencia de aquéllas. De ahí que no le falte razón a Rodríguez Villafañe[134] cuando señala que más que de "cuestiones políticas", hay que hablar de política judicial respecto de las decisiones de otros poderes.

La extensión que, a nuestro pesar, ha adquirido este trabajo, exige una sintetización mayor a su terminación; nuestra idea era examinar la mayor parte de los países latinoamericanos entorno a la problemática de la jurisdicción constitucional; dicho proyecto, por las razones apuntadas, va a quedar reducido a su mínima expresión, eso sí, con harto dolor por mi parte.

Brewer Carías[135] señala que *Venezuela*, mediante la Constitución del 23 de enero de 1961, se dio un régimen político, de carácter democrático, con las siguientes connotaciones:

a) Sistema basado en la representatividad y la democracia.

b) Conformación de un Estado de derecho federal.

c) Fórmula presidencialista, dentro de un ámbito de separación de poderes.

d) Establecimiento de una serie de garantías y derechos individuales, sociales y económicos.

El cimiento del Estado de derecho venezolano reside en la supremacía de la Constitución, originadora de una "superlegalidad" por sobre la legalidad ordinaria. Esta supremacía constitucional comporta, entonces, que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la normación constitucional, en cuanto decisión política del poder constituyente, y exclusivamente modificable, en tanto que decisión, por éste.

[134] Rodríguez Villafañe, Miguel Julio, "El Poder Judicial: Implicancia política de la función jurisdiccional", en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, Argentina, núm. 12, 1981, pp. 47-82.

[135] Brewer Carías, Allan R., *La defensa de la Constitución*, Colección Monografías Jurídicas núm. 21, Caracas, Edt. Jurídica Venezolana, 1982, pp. 7, 8, 9, 13, *in fine*.

Pero el ordenamiento constitucional venezolano no sólo tiene el carácter preeminente propio del principio de la supremacía constitucional, sino que el mismo está configurado con la específica connotación de rigidez. La Constitución de Venezuela es, por consiguiente, de las denominadas rígidas; en otras palabras, de aquellas que tienen un contenido intangible aun para el Poder Legislativo.

La inmediata y directa consecuencia de esta rigidez constitucional implica que sólo la voluntad soberana del pueblo (expresada a través de un referéndum, artículo 246 constitucional), en cuanto único poder constituyente, puede modificar su decisión política plasmada en la Constitución.

Al lado de este carácter, supremo y rígido, de la Constitución, ésta, como ley fundamental, es imperativa, o sea está dotada —en sí misma— de una coactividad inmediata. La trascendencia de la anterior afirmación se proyecta al campo de la protección de los derechos humanos; al ser sus normas y principios de inmediata aplicación, el artículo 50 constitucional establece que "la falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos".

Claro está que no se trata (como ha aclarado la Corte Suprema de Justicia) de una imperatividad concebida en términos absolutos. Existen normas constitucionales de inmediata aplicación; pero, junto a ellas, hay otras de acusado carácter programático, o se trata de normas puramente atributivas de competencia, que requieren de desarrollo o reglamentación legislativa ulterior para adquirir toda su fuerza coactiva. La Corte Suprema de Justicia (al conocer de varios recursos de inconstitucionalidad), ha indicado que la propia Constitución distingue entre las *cláusulas directamente operativas*, que precetúan autónomamente, son completas y suficientes hasta agotar los requisitos sustanciales y procesales para su aplicación, y las *mediatamente operativas o programáticas*, que no pueden aplicarse sino cuando las complete la legislación ulterior, por requerirlo de esta manera la letra y el contenido del precepto. Sintéticamente: esas últimas normas programáticas no son base suficiente para una declaratoria de inconstitucionalidad, mientras el legislador no las haya desarrollado.[136]

Como lógica consecuencia de todo lo anterior expuesto, y de manera muy especial del postulado de la supremacía constitucional, está la exigencia de que todos los actos estatales se encuentren sometidos a las disposiciones constitucionales, y —por consiguiente— la existencia

[136] *Idem*, pp. 14, 18, 19. Se trata, en realidad, de la ponencia presentada al *Congreso: La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1982.

de los medios jurídicos pertinentes para garantizar su efectividad. Expresado con toda diafanidad: los particulares han de tener el instrumental necesario para la promoción del control de constitucionalidad de aquellos actos.

En calidad de medios para la vigencia efectiva del Estado de derecho, el ordenamiento constitucional y legal venezolano consagra toda una amplia gama de recursos jurisdiccionales y defensas judiciales que, indudablemente, son el catálogo de las verdaderas posibilidades de defensa constitucional.

Así, los *actos* emanados del *Poder Judicial* pueden ser cuestionados a través de los recursos de apelación, estatuidos en el ordenamiento procesal, y los más importantes de esos actos pueden serlo mediante el recurso de casación ante la Suprema Corte de Justicia. Con la casación, la Suprema Corte ejerce un control de la constitucionalidad y legalidad de los actos judiciales.

Los *actos administrativos*, generales o individuales, pueden ser impugnados, ante la misma Suprema Corte de Justicia, mediante el recurso contencioso-administrativo de anulación, y cuyo conocimiento permite a la Corte ejercer el control de constitucionalidad y legalidad de los mismos, o sea controla la adecuación al derecho de los actos administrativos.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia conoce del *recurso de inconstitucionalidad*, es decir, controla la constitucionalidad de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos, de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y restantes actos de los cuerpos deliberantes de los estados o municipios, y de los reglamentos y demás actos del Ejecutivo nacional. De esta manera, todos los actos, dictados en el ejercicio del poder público, están bajo el control de constitucionalidad del Poder Judicial, ya sea directamente de la Suprema Corte, ya sea de los restantes tribunales de la República en los casos de la mayoría de los actos judiciales.

Resumiendo, en Venezuela, las dos formas más importantes del control jurisdiccional de los actos del Estado, en sus distintos niveles, son: el control de la constitucionalidad y el control contencioso- administrativo.[137]

Venezuela, en forma explícita, establece en su Constitución un control de constitucionalidad de las leyes y de los demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal, de

[137] *Idem*, pp. 28-30.

los reglamentos y de los actos de gobierno, es decir, el control jurisdiccional de los actos estatales (con exclusión de los actos judiciales que tienen sus medios propios de control de la legalidad y de la constitucionalidad, de la misma forma que los actos administrativos).

El control de la constitucionalidad de los actos estatales permite a la Corte Suprema de Justicia declarar su nulidad cuando sean violatorios de la Constitución y autoriza, además, a los tribunales de la República a declarar la inaplicabilidad de dichos actos en un caso concreto.

Por consiguiente, el sistema venezolano de control de la constitucionalidad de las leyes tiene una considerable amplitud, ya que constituye una mezcla del control difuso anglosajón y del control concentrado de rasgos austriacos.

Brewer Carías[138] indica que el Código de Procedimientos Civiles vigente establece, expresamente, que cuando una ley (cuya aplicación se pida) colisionare con alguna disposición constitucional, los tribunales aplicarán ésta con preferencia. Y la norma procedimental no es nueva, sino que proviene del Código de Procedimientos Civiles de 1897.

Para el jurista venezolano, lo anterior supone la consagración del denominado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y permite a cualquier juzgador inaplicar una ley, que estime inconstitucional, aplicando preferentemente la Constitución, siempre que ello haya sido solicitado, como excepción, por una de las partes en un proceso cuyo conocimiento le corresponda.

Pero, además, la Constitución atribuye, con carácter expreso, a la Suprema Corte de Justicia competencia para declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales, de las estatales y de las ordenanzas municipales, y de los actos de gobierno y reglamentos que choquen con la Constitución.

De esta manera, Brewer Carías estima que nos encontramos en presencia de un control concentrado (reservado a la Suprema Corte de Justicia en pleno), y cuyo objeto no es ya inaplicar la ley en un proceso concreto, sino declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes con efectos *erga omnes*, cuando ello se ha solicitado por vía de acción.

Pero ha sido (continúa el autor venezolano) la propia Suprema Corte quien ha puntualizado el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes. A tal efecto, ha señalado que no únicamente la Corte Suprema, sino los jueces en general (cualquiera que sea su grado y por ínfima que sea su categoría), se erigen en custodios de la Consti-

[138] *Idem*, pp. 32-36.

tución, y aplican sus normas prevalecientemente en relación a las leyes ordinarias.

No obstante, la aplicación de la norma fundamental por parte de los jueces de grado, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza —por lo mismo— sino a las partes interesadas en el conflicto; mientras que, cuando se trata de la ilegitimidad constitucional de las leyes pronunciadas por la Suprema Corte en ejercicio de su función soberana (como intérprete de la Constitución y en respuesta a la acción pertinente), los efectos de la decisión son *erga omnes* y cobran fuerza de ley.

En el primer caso, el control es incidental y especial; *en el segundo*, es principal y general, y cuando éste ocurre, es decir, cuando el recurso es autónomo, éste es formal o material, según que la nulidad recaiga sobre una irregularidad concerniente al proceso elaborativo de la ley, o bien que, sin embargo, de haberse legislado con formalismo regular, el contenido intrínseco de la norma adolezca de vicios sustanciales.[139]

En Colombia, al decir de Sachica,[140] la defensa de la Constitución se inicia, en algunas constituciones anteriores a la de 1886, con diversos controles de tipo político, radicados en las cámaras legislativas. Dichos controles, por su mismo carácter político, fueron de dudosa eficacia y, desde luego, no crearon una auténtica garantía de las libertades y derechos individuales.

En la Constitución de 1886 se admitió un mero mecanismo previo de control de constitucionalidad (atribuido al presidente de la República), respecto de los proyectos de ley, facultándolo para formular objeciones de carácter constitucional, cuando eran sometidos a la sanción ejecutiva.

Sachica indica que se trataba de un control político, consistente en un Poder Ejecutivo de voto, que ponía de relieve la preeminencia presidencial frente al legislador; deformación evidente del sistema presidencialista tomado como modelo, que rebasaba, en mucho, su principio rector de la separación de poderes, pero dentro de un equilibrio entre los mismos.

Pero, en 1910, Colombia, sin plegarse a la rectoría del sistema norteamericano en la materia, y anticipándose a los europeos, establece (en el Acto Legislativo núm. 3) la supremacía constitucional sobre las leyes y el consiguiente control jurisdiccional, mediante acción pública,

[139] *Idem*, pp. 36 *in fine*.

[140] Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso: La Constitución y su defensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

otorgada a los ciudadanos, cuyo conocimiento es conferido a la Suprema Corte de Justicia, contra todas las leyes, para juzgar su inconstitucionalidad, con efectos generales, definitivos, y pro futuro.

Sin embargo, la problemática del control colombiano, aún no resuelta con carácter definitivo, trató de ser solucionada con la reforma al artículo 214 de la Constitución, de fecha 4 de diciembre de 1979, que venía a establecer en términos generales lo siguiente:

Se atribuye a la Corte Suprema de Justicia la función de garantizar la supremacía de la Constitución, y para ello se le faculta:

Primero. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra los actos legislativos (reformas constitucionales), pero exclusivamente por los siguientes vicios formales:

a) Por haber sido aprobados sin el cumplimiento de requisitos previstos en el artículo 81 constitucional.

b) Por no haber sido aprobados en legislaturas ordinarias consecutivas.

c) Por haber sido aprobados, en la segunda legislatura, sin la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara.

Segundo. Para decidir, definitivamente, sobre las objeciones de inconstitucionalidad que el gobierno formule a los proyectos de ley, tanto por su contenido material, como por no haber sido tramitados y aprobados mediante el formalismo constitucional previsto.

Tercero. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes, tanto por lo que hace a su contenido material, como por no haber sido tramitadas y aprobadas en la forma constitucionalmente prescrita.

Cuarto. Para decidir, definitivamente, sobre las demandas presentadas contra los decretos del gobierno nacional, expedidos con arreglo a los artículos 76, numeral 12, y 80, al ser violatorios de la Constitución.

Quinto. Para decidir sobre la exequibilidad de los decretos, dictados en base a los artículos 121 y 122, según los términos de las citadas disposiciones, y decidir —definitivamente— sobre las demandas que por inconstitucionalidad se presenten contra ellos.

Las funciones primera y quinta serán ejercidas por la sala plena en razón de los anteproyectos presentados por la sala constitucional. Las demás son de la competencia de la sala constitucional.

Pero la polémica, entorno a la sala constitucional, ha provocado la imposibilidad de un consenso definitivo, pues —en 1981— la Suprema

Corte vuelve a convertir a la sala constitucional en una simple creadora de proyectos para someterlos a la Corte Suprema.[141]

Por su parte, el artículo 215 (también reformado en diciembre de 1979) señala que las actuaciones de la Suprema Corte se adelantarán según las siguientes reglas:

1) Cualquier ciudadano puede ejercer las acciones previstas en el artículo anterior, o intervenir —en los procesos correspondientes— como impugnador o defensor.

La acción de inconstitucionalidad es pública tanto por sus titulares como por su finalidad. La pueden ejercer todos los ciudadanos, y constituye, realmente, un derecho político. Pretende las defensas de las instituciones, interés de carácter público, general y político. De ahí que sea obligatoria la intervención del procurador general de la nación en los procesos de constitucionalidad, ya que representa los intereses de la sociedad.[142]

Con sus naturales connotaciones, de carácter nacional, podemos detectar análogas situaciones en Panamá (artículo 188), Constitución vigente de 1972, y en Perú, Constitución de 1979, y un largo etcétera de imposible referenciación. Solamente hay que añadir que, en Brasil (con evidente similitud a lo anteriormente expuesto), puede hablarse de la acción popular y representación (de constitucionalidad).[143]

Hay —en toda Latinoamérica— un evidente protagonismo instrumental de la acción popular de inconstitucionalidad, como aportación específica de la región considerada globalmente, ya que (como dice Fix-Zmudio)[144] si bien tiene puntos de contacto con los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de las leyes pronunciadas por los tribunales constitucionales europeos, sin embargo esta institución es conferida al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria (Suprema Corte), y además, *y éste es el aspecto más interesante*, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona aun cuando la misma carezca de interés jurídico, al no resultar afectada por la disposición u ordenamiento combatidos.

México y España, sobre todo el recurso de amparo mexicano por su influencia decisiva en estos problemas de protección de los citados de-

[141] Fix-Zamudio, Héctor, *Explicaciones de cátedra, cit.*; Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso..., cit.*

[142] Sachica, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa", en *Congreso..., cit.*

[143] Da Silva, José Afonso, "Sistema de Defesa da Constituição, brasileira", en *Congreso: La Constitución y su defensa..., cit.*

[144] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 136.

rechos, influencia extensiva a toda área latinoamericana y la propia España, *recurrirían de un trabajo específico;* ello no es posible y de ahí que, con las referenciaciones de las páginas anteriores de esta tarea, nos demos no por satisfechos, sino por inevitablemente constreñidos a los estrechos límites de una labor de carácter general como en ésta.

En *Alemania República Federal,* el Tribunal Constitucional de la Federación (coexistente con diversos tribunales constitucionales de las entidades federativas) constituye el resultado más logrado del desarrollo jurídico alemán en la materia.

El Tribunal Constitucional de la Federación reside en Karlsrube, misma residencia de la Suprema Corte de Justicia (civil y penal), y fue creado por la ley fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949 (artículos 93 y 94), y reglamentado por la Ley Orgánica del 12 de mayo de 1951, modificada en distintas ocasiones: 1956, 1963, 1970, 1971, 1974 y 1976.

Su función —señala Horn— [145] puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y del Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque suele declarar, expresamente, en sus sentencias que no es una instancia adicional más. Efectivamente, se apoya en contravenciones constitucionales, fundamentalmente la negación de audiencia ante el tribunal.

Los antecedentes de conferir la defensa de la Constitución a un tribunal superior datan del siglo XIX; así, la Constitución de 28 de marzo de 1849 (dimanante de la revolución alemana de 1848), conocida como la "Constitución de la Iglesia de San Pablo", por el lugar de la reunión del primer Parlamento libre en Frankurt del Men. Se previó un Tribunal del Imperio, con amplias atribuciones, en una verdadera versión de la jurisdicción constitucional. (La idea no cuajó, y el Tribunal Imperial de Bismarck del año de 1879 no era más que un tribunal supremo para decidir sobre los asuntos civiles y penales.)

Partiendo, pero yendo mucho más allá, de la tradición de la Corte Estatal para el Imperio alemán, prevista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar, los constituyentes de Bonn no siguieron intencionalmente el modelo austriaco, ni siquiera a los modelos de las entidades federativas alemanas, ya existentes antes de la Federación, al decir de Horn.

[145] Horn, Hans Rudolf, "Justicia y defensa de la Constitución", en *Congreso...*, *cit.*

En esa tesitura, Horn[146] entiende que el precursor del Tribunal Constitucional de la Federación ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte Estatal, aunque la ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.

El artículo 93, inciso 1, de la ley fundamental, establece la competencia del Tribunal Constitucional de la Federación, con facultades para decidir especialmente: sobre la interpretación de la ley fundamental respecto a controversias acerca del alcance de los derechos y las obligaciones de un órgano supremo de la Federación (número 1); en casos de divergencia de opinión o de dudas sobre la compatibilidad, formal o sustancial, de la legislación federal o de las entidades federativas con la ley fundamental o con otras normas del derecho federal, decidirá a petición del gobierno federal, de gobierno de una entidad federativa, o de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados (número 2), en casos de divergencia de opinión sobre los derechos y obligaciones de la Federación y de las entidades federativas, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de las leyes federales y al ejercicio de la vigilancia federal (número 3).

Mediante una reforma constitucional del año 1969, fueron agregadas unas normas adicionales, según las cuales el Tribunal Constitucional de la Federación conocerá de *recursos constitucionales*, que podrán ser interpuestos por cualquier persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales (número 4, "a", del inciso 1 del artículo 93 de la ley fundamental); el mismo derecho tendrán los municipios con base al número 4 "B".

Estas regulaciones, antes de la reforma constitucional, solamente habían estado incluidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la Federación (artículos 90-96). Las constituciones del Estado Libre de Baviera de 1919 y de 1946 ya habían contenido regulaciones semejantes.

El *recurso constitucional* presupone el agotamiento de las impugnaciones ordinarias. Una gran parte de recursos constitucionales se interponen contra resoluciones firmes dictadas en última instancia. Pero el mismo Tribunal Constitucional de la Federación podrá estimar que la impugnación debe admitirse inmediatamente, es decir, sin agotar la vía ordinaria, por considerar que el asunto reviste importancia, o que amenaza al recurrente un perjuicio grave o irremediable (artículo 90, inciso 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de la Federación).

[146] *Ibidem.*

El artículo 93, inciso 1, número 2, ya citado, posibilita el *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes, que puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por parte de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones, ante el Tribunal Constitucional de la Federación, es de carácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*.

En el caso, cuando el tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al Tribunal Constitucional de la Federación, salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudirse al Tribunal Constitucional de ella, con objeto de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteado (artículo 100 de la ley fundamental; artículos 11, 80 a 82 de la ley orgánica).

El Tribunal Constitucional de la Federación —prosigue Horn—,[147] en su misma jurisprudencia, modifica las normas competenciales, en el sentido de que valgan las regulaciones constitucionales y legales sobre el control normativo concreto, exclusivamente en los casos de leyes formales promulgadas durante la vigencia de la ley fundamental, es decir, los demás tribunales podrán decidir, por sí mismos, cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal.

Sin embargo, dichas restricciones competenciales del Tribunal Constitucional de la Federación no operan en los casos del control normativo abstracto; el Tribunal mantiene la idea de que, entonces, debe cumplir su función como guardián de la Constitución en amplio sentido. Por contra, con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal Alemana.

El Tribunal Constitucional de la Federación extiende esta jurisprudencia también, a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental, que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión resulta clara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma; pero, también, cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. (Horn ejemplifica: no es admisible que un juez

[147] *Ibidem.*

ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.)

Otras competencias del Tribunal Constitucional de la Federación son las decisiones sobre la acusación del presidente federal o de jueces federales, la prohibición de partidos políticos y la pérdida de derechos fundamentales. Además, conoce del examen de elecciones, en casos de una reorganización del territorio federal, cuando se impugna una decisión de la Cámara de Diputados, y en caso de divergencias de sentencia de los tribunales constitucionales de las entidades federativas (artículo 100, inciso 3, de la ley fundamental).[148]

Con harta razón, Horn indica que uno de los temas esenciales de la justicia constitucional son las consecuencias de un fallo judicial, que llega a la conclusión de que una ley examinada no es compatible con normas constitucionales.

En Austria, Italia y otros países, el mismo texto constitucional aclara los efectos de la inconstitucionalidad. En la República Federal Alemana, sin embargo, la ley fundamental confiere la regulación completa a la legislación ordinaria, prescribiendo, en su artículo 94, inciso 2, que la ley orgánica debe establecer en qué casos el fallo judicial tendrá fuerza de ley.

En efecto, el artículo 31 de la ley orgánica dispone que las decisiones del Tribunal Constitucional de la Federación obliguen a todos los órganos constitucionales de la Federación y de las entidades federativas, así como a todos los tribunales y autoridades.

El fallo del Tribunal Constitucional de la Federación tiene fuerza de ley:

a) En los casos de duda o divergencia de opinión sobre la compatibilidad formal con la ley fundamental;

b) En el procedimiento del control normativo abstracto (artículo 93, inciso 1, número 2, de la ley fundamental);

c) En procesos sobre la conformidad de una ley federal con la Constitución, de una ley u otro precepto estatal con el derecho federal mediante el control normativo concreto, cuando el caso haya sido sometido por otro tribunal (artículo 100, inciso 1, de la ley fundamental);

d) En los casos de duda sobre si una disposición de derecho internacional forma parte del derecho federal (artículo 100, inciso 2, de la ley fundamental), y

e) En casos de discrepancia de opinión sobre la validez actual de

[148] *Ibidem.*

una disposición jurídica promulgada antes que la ley fundamental como derecho federal, conforme al artículo 126.

Las disposiciones indicadas rigen, también, para los casos de los recursos constitucionales. Si el Tribunal Constitucional de la Federación declara compatible o incompatible una ley en relación con la ley fundamental, esta declaración debe ser publicada en la *Gaceta Oficial de Leyes Federales*.

Directamente relacionado con lo consignado anteriormente, se encuentra la facultad del Tribunal Constitucional para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar un grave prejuicio al promovente, o por cualquier otro motivo importante apoyado en razones de interés público (artículo 32, inciso 1, de la ley orgánica), impidiéndose, de esta manera, la consumación de la afectación de los derechos fundamentales, en forma similar a la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano.[149]

Horn,[150] para terminar, nos señala que el sistema de justicia constitucional, pese a sus innegables deficiencias, funda su autoridad principalmente en su imparcialidad y en su reserva frente a la tentación de intervenir en asuntos políticos, para poder desempeñar su función como guardián supremo de la Constitución.

El sistema de justicia constitucional norteamericano ha sido objeto de exposición en este trabajo; pero no queremos terminarlo sin dejar reseñadas algunas brevísimas consideraciones en orden al momento actual; a ello vamos con la mayor concisión posible.

Schwarz,[151] profesor de la Universidad de California, San Diego, indica que el concepto de la justicia constitucional tiene su base en los parámetros del Poder Judicial para interpretar los límites y poderes del gobierno nacional en la Constitución original de 1787. De ahí que la virtualidad operativa de la justicia, según la Constitución, debe ser analizada dentro del contexto de la amplitud y reforma en el sistema gubernamental sobre más de doscientos años de interpretación judicial.

Las libertades y derechos constitucionales se categorizan en tres sectores de derecho sustantivo: 1) La libertad de expresión, 2) Igualdad frente a la ley *(equal protection of the law)* y 3) Debido proceso legal *(due process of law)*.

[149] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 175, in fine.

[150] Horn Hans, Rudolf, "Justicia y defensa de la Constitución", en Congreso..., *cit.*

[151] Schwarz, Carl E., "La Constitución de los Estados Unidos de América y su defensa: Una revista general y análisis crítico", en *Congreso..., cit.*

En este sentido, el Poder Judicial ha sido ejercido a través de la facultad de "revisión judicial" *(judicial review)*, fácilmente afectable por las amenazas y reacciones políticas de los otros poderes gubernamentales, cuando los tribunales pretenden ejercer la *judicial review* en forma independiente.

Para la protección más eficaz de los derechos individuales de la Constitución, las cortes federales han rendido, a los otros poderes nacionales, la legitimización y ampliación de sus acciones políticas en ciertas áreas claves de toma de decisión, de esta manera:

a) Relaciones extranjeras de los Estados Unidos, de especial definición por el presidente de la República.

b) Facultades del Ejecutivo nacional respecto a asuntos militares, y reconocimiento de los actos oficiales de gobiernos extranjeros contra intereses jurídicos de ciudadanos particulares de los Estados Unidos.

c) Amplio campo del poder nacional para regular e intervenir en el "flujo de comercio interestatal", con una variada gama de aspectos.

d) Sin carácter exhaustivo, desde luego, limitación de los poderes estatales en el área de libertades y derechos individuales provenientes del nivel federal.[152]

En la última parte, la doctrina judicial de *incorporation* (incorporación) ha sido muy eficaz, para que los estados y municipios estén obligados a seguir las garantías del antedicho *Bill of Rights* y las enmiendas 13, 14, 15, 19 y 26 protectoras de la igualdad ante la ley en materia de votación, servitud y otra discriminación racial por los "actos del Estado".

El vehículo constitucional (afirma Schwarz) reside en la cláusula del "debido proceso legal" (enmienda catorce), y durante el liderazgo de Chief Justice Earl Warren de la Suprema Corte, 1954-69, la *incorporation* se utilizó para obligar a los estados a respetar y dar efectividad a la mayoría de los derechos individuales de las libertades civiles de expresión, así como los derechos procesales criminales, de conformidad con el citado *Bill of Rights*.

En cuanto a la competencia discrecional de los tribunales federales, hay tres tipos de competencia que controlan los asuntos que puede conocer el Poder Judicial federal.

1) La competencia original que constituye el menor número de los juicios conocidos por la Suprema Corte, pero el mayor de los conocidos por los jueces de distrito (juzgados federales de primera instancia); es

[152] *Ibidem*.

decir, para la Suprema Corte, conflictos entre estados, entre estados y gobierno federal, y personal diplomático.

2) Máxima discrecionalidad para controlar sus demandas y programas de trabajo de parte del tribunal alto es mediante el juicio *(writ)* de *certiorari*. La mayoría de fallos completos (aproximadamente 150 de 4000 demandas por año), dimanan estas demandas de *certiorari*. Se trata de un vehículo muy selectivo por intención, cuando el *writ of certiorari* se estableció por la Regla 19 de la Suprema Corte en 1925 (a decir de Schwarz).[153]

3) El tercer modo de conocimiento de la Suprema Corte es por medio del recurso de revisión de carácter mandatario *(mandatory appeal)*, que estaba establecido por el Congreso (28 United States Code 1257). Según la revisión (apelación), mandatario, la Suprema Corte debe conocer fallos de otras cortes federales, que impugnan leyes federales o estatales, según fracciones constitucionales, o fallos de tribunales superiores estatales que estén contra la Constitución, leyes, tratados, o leyes de la nación, o sean fallos que han afirmado estas leyes en relación con demandas que las impugnen.

No obstante, Schwarz aclara que la palabra "mandatario" es ilusoria. La Corte puede evitar una decisión por calificar la queja/demanda como "faltando una cuestión federal sustancial". Aproximadamente, la mitad de 200 de tales apelaciones "obligatorias" anuales son sujetos de esta desviación.

En cuanto a la revisibilidad y la doctrina de las "cuestiones políticas" (conforme a dicha doctrina), la Suprema Corte de los Estados Unidos alcanza el máximo grado de la escala en el sentido de la moderación del Poder Judicial, renunciando a cualquier responsabilidad en la decisión de un problema para el presente y para el futuro, con base en la consideración de que el caso podría ser resuelto mejor para las ramas electivas del gobierno estatal o federal.

Una y otra doctrina sobre la no-revisibilidad (añade el autor norteamericano), son únicas en cuanto a la permanencia de sus efectos. Cuando la Suprema Corte deniega un mandamiento *(writ)* de *certiorari* o la admisión de una demanda que invoca un fundamento distinto de la no-revisibilidad, ello significa tan sólo que dicho alto tribunal considera que el asunto no ha madurado aún, que no se ha causado al promovente perjuicio alguno, que los recursos administrativos de que éste dispone no han sido agotados, o que tiene todavía un recurso

[153] *Ibidem*.

adecuado por la vía de la doctrina de la abstención, entre los tribunales estatales en asuntos de derecho local.

En tales casos, el litigante, o una parte con mayor legitimación, puede tener muy bien la expectativa de regresar algún día, con su pretensión, ante el foro de la Corte. Pero, "una vez que la tesis de las 'cuestiones políticas' ha sido aplicada a un problema concreto, entran en juego las reglas del precedente y del *stare decisis*, las cuales determinarán la desición judicial del mismo en los casos futuros". De esta manera, pues, la "cuestión política" "no está determinada por las circunstancias específicas del caso concreto, sino que está vinculada al problema mismo".

Y, agrega Schwarz,[154] no obstante constituir el punto de referencia más preciso para comparar el fundamento de la no-revisibilidad en otros países, la clasificación de las "cuestiones políticas" por áreas de problemas o materias es, también, la más fácil de desvirtuar con excepciones.

En el caso *Baker v. Carr* (1962) (el más relevante en materia de *reapportionment*, a la vez que constitutivo de una excepción a una área de asuntos tradicionalmente no justificable), el magistrado Brennan definió cinco categorías principales de "cuestiones políticas': las relaciones exteriores de los Estados Unidos, la determinación de los periodos de duración de las hostilidades, la validez de los decretos legislativos, la condición jurídica de las tribus indias y las formas "republicanas" de gobierno. En este sentido (apunta Schwarz) el profesor Fritz Schapt subdividió estas categorías en diecisiete áreas distintas de problemas.

La lista Schapt (indica Schwarz, y cuyo transcripción omitimos, por razones obvias de extensión del trabajo) acredita que el mayor volumen de "cuestiones políticas" se detecta en el área de relaciones exteriores y, dentro de esta parcela, en "las cuestiones de derecho interno e internacional que atañen, de forma inmediata, a las interacciones políticas y militares de los Estados Unidos con otros países".

Desgraciadamente (sigue Schwarz), debido al rigor en la fundamentación del principio de la separación de poderes, surgen dos grandes dificultades:

a) En primer término, dicho hilo conductor no explica satisfactoriamente el apartamiento de la Corte respecto de los casos relativos a la Cláusula de Garantía, casos en que los gobiernos *estatales* existentes fueron tachados de no ser "republicanos", conforme al artículo IV de la Constitución federal.

b) En segundo término, hay demasiadas excepciones a la abstención

[154] *Ibidem.*

de la Corte frente a cualquier "vinculación rigurosamente demostrable" (expresión de considerable ambigüedad), con las dos ramas federales del gobierno, y cuya expresión más acusada fue el caso relativo a los "documentos del Pentágono" (Pentagon Papers Case, 1971).

Otras cuatro áreas de derechos individuales (expresa Schwarz),[155] indican que la "cuestión política" todavía goza de alguna viabilidad Sintéticamente son:

I) Deportaciones de personas relacionadas con actividades comunistas o "subversivas";

II) Demandas para la suspensión de la conscripción militar sin declaración de guerra por el Congreso, situación especialmente planteada en el conflicto de Vietnam;

III) Demandas para suspensión y reclamos de daños civiles, referentes a conducción violenta de la Guardia Nacional (fallecimiento de cuatro estudiantes pacifistas en la Kent State University en mayo de 1970), y

IV) Quejas contra la Junta Nacional del Partido Democrático (Chicago, 1972), por exclusión anticonstitucional de un grupo del Estado de Illinois, afectante del mandamiento de la libertad de expresión de la primera enmienda.

La actitud de la Suprema Corte tiende a evitar situaciones desagradables por su ambigüedad (por ejemplo, fallos adversos al *New Deal* del presidente Franklin D. Roosevelt), como una mejor forma de protección efectiva de los derechos y libertades constitucionales.

En los Estados Unidos, y en otras naciones, se han utilizado procedimientos informales para la resolución de conflictos interpersonales, o han sido propuestos para corregir deficiencias básicas del sistema jurídico formal (de forma específica en relación a la adjudicación por juzgados).

Algunas de estas deficiencias (en la opinión de Schwarz) *son:*

1) Denegación del acceso judicial por causa de requerimientos técnicos de *standing,* competencia y revisibilidad, que, con frecuencia, aparecen muy complejos e impenetrables a los quejosos;

2) Altos costos financieros y complejidad procesal como relacionados a la litigación formal;

3) Aumento de los rezagos y retrasos de juicios, ya admitidos ante los tribunales, y

4) Falta de información y sensibilidad de los jueces en relación a los

[155] *Ibidem.*

aspectos, complejos y personales, de los conflictos encomendados a su resolución.

Los esfuerzos realizados para solucionar esta problemática reciben, en los Estados Unidos, la denominación de "alternativas de diversión" *(diversion alternatives)*, y pretenden la resolución de dichos conflictos interpersonales fuera del sistema formal de adjudicación.

El concepto y su implantación ampliada recibieron el fuerte apoyo de la Conferencia Nacional sobre las Causas de Descontento Popular con la Administración de Justicia, y su *Report of the Pound Conference Follow-up Task Force* (Conferencia y reporte, patrocinados por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, integrada por el Poder Judicial federal, la Conferencia de Chief Justices estatales y la Asociación de la Barra Americana).

El informe citado recomendó nuevos mecanismos para la aplicación *(entregamiento)* de la justicia, incluyendo centros locales de justicia (tribunales populares de comunidades), más tribunales de reclamos pequeños *(small claims courts)* y juntas de arbitraje y conciliación.[156]

Las recomendaciones también incluyeron la eliminación del "papeleo" judicial, en algunas áreas del derecho penal, en quejas por práctica profesional incorrecta, procedimientos no-contenciosos, y más allá el uso más grande de modos de resolución "no-culpa" *(no-fault)*, en los conflictos civiles en áreas tales como: seguro, divorcio y agravios personales. El documento referenciado propone tres clases generales de *diversion alternatives*, para su aplicación en los Estados Unidos y otros países, basadas en un modelo funcional de la prevención y resolución de conflictos:

A) Programas dirigidos a sacar, completamente, del sistema jurídico formal algunos tipos de conflictos (seguros de automóviles *no fault*, descriminalización de algunas conductas como la prostitución, posesión de mariguana, y actividades menores de referencia a las drogas y el alcoholismo, delitos menores de tránsito, administración de juicios testamentarios, etcétera);

B) Programas para reducir la complejidad y costos de los procedimientos judiciales (proceso de *plea bargaining*) (acuerdos de procurador y abogados defensores con resultado de penas reducidas), tribunales de reclamos pequeños *(small claims courts)*, procedimientos de divorcio de tipo *no-fault*, conferencias de conciliación fuera de la vigilancia directa del juez *(settlement conferences)*, en conflictos civiles de agravios personales, etcétera, y

[156] *Ibidem.*

C) Programas que proveen, directamente, al núcleo central de la problemática: la transferencia de la controversia entera al foro no-judicial, lo que sea operado o vigilado por autoridades particulares o gubernamentales.

En relación a la *C)*, las alternativas de diversión son subdivididas de conformidad a las siguientes clases funcionales:

a) Mecanismos oficiales, que utilizan modos informales para resolver conflictos; pero sus competencias son principalmente obligatorias para los reos o respondentes en el conflicto, y —cuando no cumplan— el organismo informal puede imponer penas o multas jurídicas. Ejemplos de este tipo serían: el arbitraje obligatorio; las juntas de conciliación ya mencionadas; la ampliación de la competencia de magistrados federales (no jueces, pero que pueden resolver conflictos sin juicios formales); la resolución administrativa de delitos menores (así, transgresiones al tráfico automovilístico).

b) Entidades particulares y públicas, que usan, en su mayor parte, técnicos o modos persuasivos para resolver conflictos y quejas en contra de funcionarios del gobierno y negocios privados. Están representados, fundamentalmente, por el trabajo de los *ombudsmen* gubernamentales; conciliación y mediación de quejas, por *ombudsmen*, en algunos canales de radio y televisión; las funciones conciliatorias de la Corporación Federal de Servicios Legales, establecida en 1974, por el Congreso, como un organismo descentralizado independiente para proveer asistencia jurídica a los pobres, y comisiones de asociaciones de barras de abogados en algunos estados, que disponen de quejas en contra de actividades incorrectas de abogados.

c) Mecanismos que envuelven principalmente a la gente común, técnicos de formación "para-legal", o funcionarios especializados en mediación y conciliación (asesores), en vez de jueces. Estos centros de resolución de conflictos tratan a personas conocidas, directa y personalmente, y se encuentran ubicados en las áreas locales y en vecindades (centros de resolución de vecindades, o locales, *dispute settlement centers)*.

Las ventajas, según Schwarz,[157] son las siguientes:

Primera. Reducen el retraso para quejosos potenciales con conflictos menores e interpersonales, para que alcancen un foro "tercera parte" de resolución.

Segunda. Promueven resoluciones con base en las relaciones multidimensionales de los contendientes y sus problemas, que —muchas ve-

[157] *Ibidem*.

ces— son consecuencia de controversias de muchos años y causaciones muy complejas. Representan una alternativa de negocio *(bargaining)*, que es muy distinto del proceso conflictivo ("si y no"), entre litigantes, en el sistema judicial ortodoxo.

Tercera. Pretenden resolver tales conflictos interpersonales mediante modos de persuasión y mediación por terceras partes, que conocen la comunidad y el ambiente locales, en los cuales surgen los conflictos. Las resoluciones tienen, como característica principal, la de las concesiones mutuas.

Cuarta. El proceso de resolución se convierte, así, en más rápido, accesible y barato para todos.

Quinta. En consideración a este aspecto, funcionan los procedimientos informales para educar al público sobre recursos jurídicos y el derecho en general, mediante su exposición y participación personal en la operación del mismo sistema, lo que se conoce con la nomenclatura de "socialización legal".

Sexta. La "socialización legal" sirve para alentar a los disputadores-clientes, en los centros locales, y para buscar y tratar de conseguir medios y modos de mejoramiento y reforma de las deficiencias más notorias en el sistema jurídico tradicional. El fin último sería el "control social del derecho".

Schwarz [158] termina afirmando que se necesita un marco más imaginativo y sensitivo para remediar las brechas y lagunas en el logro de la justicia, y especialmente luchar por trasladar estos modos de resolución al siempre difícil campo de la justicia criminal.

Finalmente, *en los países socialistas,* teniendo en cuenta el límite insoslayable del respeto a la "legalidad socialista" (común a todos ellos), cabe indicar (como lo hace Fix-Zamudio) [159] a la *Procuratura* (con equivalencia a la fiscalía de algunas naciones occidentales), las reclamaciones y peticiones de los ciudadanos ante las diversas organizaciones sociales y políticas, y —desde luego— los partidos comunistas de cada nación. Pudiendo añadirse: la posibilidad, cada vez más efectiva, de acudir ante los tribunales para la defensa de los derechos humanos, y —por último— la ambigua introducción de un incipiente proceso de lo contencioso-administrativo; si bien todo ello enmarcado en los numerosos sistemas de control, políticos, jurídicos, sociales y económicos, características de los ordenamientos socialistas.

[158] *Ibidem.*

[159] Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*, p. 246.

A EFICÁCIA DO MEIO DE PROVA ILÍCITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

EM HOMENAGEM A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Alcides de Mendonça Lima *

1. O *Código de Processo Civil Brasileiro* de 1973, em vigor desde 01 de janeiro de 1974, introduziu dispositivo novo no ordenamento nacional, qual seja o art. 332, do seguinte teor:

> Todos os meios legais, *bem como os moralmente legítimos*, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa (grifos nossos).

O diploma anterior, de 1939, que foi o primeiro federal do Brasil, estatuia de modo mais conciso, no art 208, com esta redação: "São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais."

Do confronto de ambas, nota-se que, em conteúdo, são iguais, salvo acréscimo do atual — "bem como os moralmente legítimos", que tem suscitado dúvidas e controvérsias, no sentido de seu alcance na apreciação pelo juiz do meio empregado.

No direito comparado, encontra-se, como exemplo, de norma similar, o art. 379 do *Código Processal Civil y Comercial* da Argentina, com o seguinte texto:

> La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, SIEMPRE QUE NO AFECTEN LA MORAL, LA LIBERTAD PERSONAL DE LOS LITIGANTES O DE

* Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul (aposentado) — Do Instituto Iberoamericano de Direito Processual — Do Instituto dos Advogados Brasileiros — Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

TERCEROS O NOS ESTÉN EXPRESAMENTE PROHIBIDOS PARA EL CASO. (Grifos nossos.)

2. A matéria tem sido objeto de larga digressão doutrinária, no Brasil e no estrangeiro, e de várias decisões de diferentes tribunais, se bem que, em nosso país, a contribuição jurisprudencial seja escassa, pelo menos no cível, que é objeto deste estudo.

3. Os meios de prova podem ser *legítimos* (se configurados em lei expressamente, tanto no Código de Processo Civil, como em outros textos) e *lícitos* (não configurados em lei, mas admissíveis, se "morais", como, antes do Código de 1973, já se admitia, no Brasil, por praxe forense, a inspeção judicial, atualmente incluida no CPC. — art. 440 e seguintes). Um meio legítimo poderá tornar-se ilícito, se for obtido ou for produzido fora dos ditames morais; mas o meio ilícito será sempre, evidentemente, ilegítimo, porque, além de não ser estatuido em lei, ainda está maculado por qualquer ato do interessado.

4. se o ato de obtenção ou de produção for considerado "imoral" ou, nos termos de nossa lei, não for considerado "moralmente legítimo", então isso se aplica aos legítimos (estão na lei, mas usado qualquer um de modo "imoral"): e igualmente aos lícitos (não estão na lei, mas qualquer um poderá ser somente usado dentro la moral).

5. O progresso técnico é que gerou o problema, com meios que passaram a ser invocados como úteis e, até, indispensáveis para a prova de fato controvertido, mas que não eram previstos em lei, porque o legislador, ao elaborar um Código ou diploma similar, não poderia prever a invenção, como, v.g., exame de sangue; fotografias; gravações; etc. O Código de Processo Civil do Brasil, de 1973, estabelece, como meio de prova legítimo, expressamente no art. 383:

> Qualquer reprodução mecânica, como o fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem for produzido lhe admitir a conformidade.

6. Nota-se, assim, que o dispositivo não prevê a impugnação (do adversário da parte que requer a produção) de um daqueles meios fundada na obtenção imoral, mas, apenas, que não esteja conforme ou não haja "conformidade" com a realidade que representa. Assim sendo, se, em que pese ao modo como foi obtido, o meio representa o fato ou coisa, de forma verdadeira, isso é, que seja a expressão da

realidade, o mesmo não se pode deixar de admitir e ser objeto da apreciação judicial, servindo no conjunto da prova ou, até, como único, se outro não existir para atestar o fato ou coisa.

7. Ninguém tem o direito de encastelar-se na mentira, na omissão, na falsidade, para obter vantagem antijurídica ou imoral, e, portanto, ilegal, conseguindo, no final, que lhe seja dado ganho de causa, reconhecido um direito que, na realidade, não merece.

O *caput* do referido art. 383 é completado com o parágrafo único, do seguinte teor: "Impugnada a autenticidade de reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial."

E' evidente que a prova pericial a que será submetido o meio produzido, ante a inconformidade da parte prejudicada pelo mesmo, diz respeito apenas quánto à "autenticidade" (sic), isso é, se a reprodução é exata, correta, regular, sem adulteração, como as chamadas "montagens" em fotografias ou gravações, intercalando falsos textos ou deturpando os existentes, para favorecer o parte que usou do meio, e, *ipso facto*, lesar o adversário. De modo algum, se pode entender que a autenticidade do meio se vincule ao modo como foi obtido, ou seja, de forma moral ou imoral. A obtenção pode ter sido imoral e, pois, ilegal, e o conteúdo ser a verdadeira expressão da realidade em qualquer "reprodução mecânica" já referida ou outra que possa ser inventada, prevista na expressão "ou de outra espécie" abrindo margem para engenhos futuros, ainda não revelados pela ciência.

8. O juiz não pode abstrair-se de conhecer do fato e julgar conforme possa influir, isoladamente ou no conjunto de provas, por que sua obtenção foir considerada "imoral", por transgredir certos postulados ou certas normas que amparam os indivíduos, e, portanto, somente por isso, deixa de ser eficaz para ser o litígio solvido. Se a parte dispuser apenas daquela prova, sem possibilidade de outra, sobre fato, que, pela natureza, não enseja, normalmente, outro meio (v.g. corrupção: adultério; "chantagem", sempre realizados com "recato" e "sigilo", com a preocupação de ocultar o mais possível), a repulsa pelo juiz poderá determinar uma sentença injusta e imoral, negando razão ao que usou de meio prova obtido "imoralmente" e dando razão ao que praticou o ato imoral e ilegal, mas cuja prova foi considerada ineficaz por ter sido conseguida fora da moral... E' a negação do ideal da justiça!

9. O que importa para o juiz é fazer justiça, conforme sua convicção na apreciação da matéria de fato (fundada em prova) ou no acolhimento das questões de direito em debate. O meio de prova somente não pode ter eficácia ou validade se atesta algo que não existiu, mas

que aparenta que existiu pelos ardis, deturpações, alterações do original, como falsificar assinatura e letra; intercalar trechos; alterar texto, porque, aí sim, a atividade imoral modificou a verdade, que chegou até o juiz maculada ou, até, transformada integralmente. Nesta hipótese, não é o meio atingido, mas o conteúdo, quanto à imprestabilidade de sentido moral.

10. A tendência doutrinária brasileira é, sem dúvida, contra a validade e eficácia do meio obtido contra a "imoral", seguindo, aliás, a corrente dominante no estrangeiro. A nossa jurisprudência se mostra ainda vacilante, havendo julgados de Tribunais de Justiça a favor da admissibilidade, conforme circunstâncias especiais do caso, mas recentemente, o nosso Supremo Tribunal Federal, em dois respeitáveis arestos, não considerou válida e determinou que o Juiz proferisse sentença com os meios de que dispusesse, afastado o não considerado moralmente legítimo... Parece que, pela situação da causa e pela natureza dos fatos, o autor ficou sem prova alguma e, portanto, deve ter perdido a causa.[1] Enquanto isso, o réu, que violou preceitos de direito material, que são a base da luta judiciária, para dar a vitória à parte que merece, mas cuja infringência não pode ser "moralmente" provada, ganhou a causa, contra todos os postulados éticos que devem nortear a prestação jurisdicional, colocando o aspecto formal em segundo plano desde que o objetivo enfazer justiça.

11. Se o ato for ilegal, como invasão de domicílio ou violação do decantado direito à privacidade, então que o infrator seja responsável civil e, até, criminalmente, por seu ato ilícito e delituoso, conforme o ordenamento aplicável. Os direitos assegurados pela Constituição Federal, como é no Brasil, incluindo vedando a violação de correspondência, não podem ter o dom, e nem isso foi pretendido pelo legislador máximo, de colocar obstáculo invencível ao que possa ser favorecido por meio de prova que, aparentemente, atente contra aqueles preceitos básicos, e, por via de consequencia, favorecer o que somente levanta a "imoralidade" na obtenção do meio, mas nada opõe à autenticidade e veracidade dos fatos que o mesmo atesta. Um direito não pode servir para ser uma injustiça cometida. Configurar-se-ia, no mínimo, aquela expressão tão usada, universalmente, mas sem sentido lógico - ABUSO DE DIREITO: se é abuso, não é direito, se é direito, não há abuso.

[1] *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 84, p. 609, e vol. 110, p. 798, ac. de 11.11.1977 e de 22.06.1984, Rec. Extraordinários nas. 85.439 (2a. turma) e 100.094 (1a. turma).

Mas seu alcance é compreendido, na falta de outra forma de conceito da anômala situação jurídica.

12. No Brasil, ou em qualquer outro país em que já exista regra igual ou similar ao citado art. 383 do CPC. (item n. 5), o juiz deverá dar valor ao conteúdo do meio de prova, indiferentemente ao modo como foi obtido, ainda que com violação de certos direitos conferidos em lei ordinária e, mesmo, na Constituição Federal, se disso puder resultar sentença injusta, vencido o infrator, que ficou sem prova, e vencedor o verdadeiro ímprobo pela transgressão de normas e preceitos de direito material. Para evitar, porém, a contorvérsia, cujos resultados são ainda contra aquele que se sentiu obrigado a obter "imoralmente" (admita-se) meio de prova contra o adversario, que ficou com as honras de vencedor na sentença (?), o melhor será preceito legal expresso, formulado segundo a técnica e os costumes de cada ordenamento, considerando eficaz e válido o meio, seja qual for o modo como foi obtido, salvo se revelar evidente afronta à pessoa como ser humano e, não apenas, como violação de direitos imponderáveis, importantes, mas, no caso, secundários para ser feita justiça, porque não afetam diretamente o indivíduo em sua integridade física e psíquica, como quando ocorrem, v.g., torturas; aplicação de drogas que, cientificamente, possam perturbar a conciência e mente da vítima; etc.

A solução, portanto, acima apontada - sem oferecer a redação de qualquer texto respectivo, pois isso é tarefa do legislador, procurando subsidios na contribuição doutrinária - poderá conciliar as duas correntes: a ortodoxa, que nega a produção; e a liberal, que admite, embora com reservas, conforme as circunstâncias do caso, mas impondo responsabilidade a quem se utilizar de meio que não seja "moralmente legítimo", se houver infringência de norma legal a respeito da atividade desenvolvida.

13. A luta judiciária não é um duelo, nem um jogo em que cada litigante se pode utilizar dos meios que melhor lhe assegure a vitória O juiz não pode ficar sujeito a essas maquinações interesseiras para sentenciar, dando um *veredictum* falso se comparado com a realidade dos fatos. Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente, em seu conteúdo, todos os fatos debatidos, para aplicar a lei a favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o pálio, embora conspurcado, do Poder Judiciário.

POTESTAD, ÓRGANO Y FUNCIÓN JURISDICCIONALES

(Un ensayo contra "administración de justicia")

Juan MONTERO AROCA *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Administración de justicia y Poder Judicial.* III. *La división de poderes y el Poder Judicial en Montesquieu.* IV. *La subordinación de los jueces al Poder Ejecutivo.* 1. *El caso francés como paradigma.* 2. *La situación española antes de 1978.* V. *Poder y potestad.* VI. *La potestad jurisdiccional o jurisdicción.* VII. *Ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional.* VIII. *La distinción entre juez y funcionario.* IX. *Concepto de independencia.* X. *La función jurisdiccional.* XI. *Noción de pretensión y resistencia.* 1. *Concepto de pretensión.* 2. *Concepto de resistencia.* XII. *Actuación irrevocable del derecho.* XIII. *Actuación con desinterés objetivo.* XIV. *Conclusión.* XV. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo de soberbios, Héctor Fix-Zamudio es modesto. En una época de vacío intelectual, Fix-Zamudio es creador. En momentos de oropel sin contenido, Fix ha trabajado sin aspavientos. A lo largo de muchos años, con la modestia del verdadero intelectual creador, sin darle un cuarto al pregonero, sin alharaca, el amigo Héctor nos ha regalado, primero, el producto de su trabajo, y, después, su amistad. No se qué vale más.

Vivimos en un mundo y en una época en los que ha perdido realidad aquel viejo refrán español de que el buen paño en el arca se vende. Ahora, por el contrario, es el tiempo de la soberbia sin causa, de la pose intelectualoide y de la publicidad. Lo que importa no es lo que se hace, sino la imagen con la que se vende. No es cada uno ya hijo de sus obras, sino paño que hay que promocionar como cualquier otro producto comercial.

En este contexto, Héctor Fix-Zamudio es un ejemplo a imitar contra la corriente, y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universi-

* Catedrático-director del Departamento de Derecho Procesal, Universidad de Valencia (España).

dad Nacional Autónoma de México, con el homenaje que le rinde, da pruebas de sensibilidad agradecida a quien le ha dedicado buena parte de su vida. A ese homenaje quiero unir estas páginas, abordando un tema que está próximo a las ramas del saber jurídico cultivadas por el homenajeado.

Se ha dicho tantas veces que suena ya como formalismo, pero quisiera que mis palabras no se entendieran como tal; si acaso pueden tomarse como forma, como condición necesaria para la certeza, como precio para la seguridad; parto, pues, de la distinción entre forma y formalismo. Para mí, y estoy seguro de que para muchos, conocer a Fix ha sido una suerte, un don de la providencia. Le he brindado mi amistad, pero en el cambio he salido ganando.

Y lo mejor de todo es que este homenaje se hace a un hombre del que hay que esperar tanto o más de lo que ya nos ha dado. De que no estamos ya al final —como tantas otras veces ocurre—, sino que se trata simplemente de un interludio. Hasta aquí la composición ha sido suya y mañana volverá a serlo; pero en el intervalo que este libro de estudios significa, estas son mis notas para la pieza que todos componemos en su honor. Espero —simplemente espero, no me atrevo a decir que confío— que estas mis notas no hagan desafinar al conjunto.

II. Administración de justicia y poder judicial

Dentro de la terminología jurídica es un lugar común, tanto en lenguaje técnico como vulgar, manejar como sinónimas dos expresiones: *Poder Judicial* y *administración de justicia*. Esto ocurre incluso a nivel constitucional. Así, el capítulo IV del título Segundo de la Constitución de México, se coloca bajo la rúbrica "Del Poder Judicial"; pero, en el artículo 97, III, se hace referencia a "administración de justicia". Lo mismo ocurre con la Constitución española de 1978: en ella la rúbrica del título VI es "Del Poder Judicial"; pero en diversos artículos se habla de "administración de justicia" (artículos 121, 122.1, 125, por ejemplo).

En nuestra opinión, esta equiparación es errónea, no ya técnicamente, sino, y sobre todo, políticamente. Responde a una concepción de estructura y reparto de poder dentro del Estado que pretende, y ha conseguido, apartar al Poder Judicial del verdadero poder político, dejándolo reducido a mera administración, a un aspecto más de la administración del Estado, la cual queda confiada al Poder Ejecutivo. De aquí que no sea indiferente el utilizar una y otra expresión.

Cuando se discutía en el Parlamento español la que después fue la Constitución de 1978, y en concreto su título VI, por parte de algún grupo muy minoritario se pretendió que no hubiese referencia en aquélla al "Poder Judicial", sino que se hablase de "justicia" o de "administración de justicia". Los grupos políticos más importantes insistieron en la expresión "Poder Judicial"; eran conscientes de que no se trataba simplemente de un cambio de terminología, sino de algo más profundo: de un cambio de concepción política básica.

En este sentido, son muy reveladoras las palabras que Manuel Azaña, entonces presidente del gobierno español, pronunció en el Parlamento de 1932:

> Yo no sé lo que es el Poder Judicial. Aquí está la Constitución. Yo no gobierno con libros de texto ni artículos, ni con tratados filosóficos y doctrinales; gobierno con este librito, y digo que se me busque en este librito el Poder Judicial, que lo busquen aquí a ver si lo encuentran... No es sólo una cuestión de palabras, va mucha e importantísima diferencia de decir Poder Judicial a decir administración de justicia, va todo un mundo en el concepto del Estado.

Todo lo anterior significa que cuando una Constitución emplea la expresión "Poder Judicial", está reflejando una determinada concepción política del Estado, que es diferente de aquella otra a la que se alude con "administración de justicia". Se trata, pues, de examinar en qué consiste esa diferencia. Para ello hemos de volver a conceptos ya sabidos pero contemplados, ahora, desde una óptica distinta.

III. La división de poderes y el Poder Judicial en Montesquieu

En la concepción ideológica base de la revolución francesa, la doctrina de la división de poderes no significó la aparición de un verdadero Poder Judicial. Los revolucionarios partían de una clara desconfianza frente a los tribunales.

Es cierto que la diferencia fundamental entre Locke y Montesquieu reside en que el segundo hace referencia al Poder Judicial, distinguiéndolo del Ejecutivo; pero es más en las palabras que en la base del reparto de poderes. Para Locke, los poderes de la sociedad política eran tres: Legislativo, Ejecutivo y Federativo, y dentro del segundo, cuya misión era la ejecución de las leyes ya hechas para garantizar su cum-

plimiento, incluía a los jueces. En Montesquieu, por el contrario, los poderes seguían siendo tres, pero distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Dividir los poderes no supuso equiparar el Judicial a los otros. El Judicial quedó en buena medida hipovalorado. Ello es así porque la aspiración fundamental del barón De la Brède era garantizar la libertad de los ciudadanos frente a la monarquía absoluta, y para ello pretendía que en el ejercicio de la soberanía concurrieran las diversas fuerzas sociales por medio de órganos específicos.

La teoría de que si los tres poderes quedasen en manos de la misma persona, o de la misma asamblea, desaparecería la libertad, es sobradamente conocida. Para Montesquieu no existe libertad cuando el Poder Judicial está unido al Legislativo, porque entonces, convertido el juez en legislador, estaríamos ante la arbitrariedad; tampoco existe libertad si el Poder Judicial y el Ejecutivo están unidos, pues el juez entonces tendría la fuerza de un opresor. Pero importa ahora destacar que para este autor lo esencial era determinar la titularidad de la soberanía.

La construcción de Montesquieu se incardina en un país y en un momento histórico. A la vista de las fuerzas sociales existentes en Francia en el siglo XVIII, se trataba de distribuir entre ellas el poder político. El Legislativo lo atribuía a dos cuerpos colegisladores, uno integrado por nobles y otro por representantes del pueblo; el Ejecutivo quedaba en manos del rey. Éstos —los nobles, el pueblo (mejor la burguesía) y el rey— eran las fuerzas sociales del momento y entre ellas se repartía el poder. Ante esta situación, la potestad judicial, si se quería mantener la libertad, no podía atribuirse ni al Legislativo ni al Ejecutivo. Entonces, ¿a quién?

Montesquieu contesta que la potestad judicial no puede ser confiada ni a una concreta fuerza social, ni a una profesión determinada; debe ser confiada a todos, al pueblo. La respuesta viene condicionada: 1º Por la aspiración de limitar el poder para defender la libertad, y 2º Por los prejuicios frente a los *parlements* de la época (tribunales, a pesar del nombre). Estos órganos judiciales estaban integrados por la nobleza baja y la burguesía, y eran, en alguna medida, un rescoldo del feudalismo frente al poder real absoluto, habiéndose atribuido la facultad de *enregistrement* de las leyes. En virtud de ella, los parlamentos se negaban a registrar las leyes regias (es decir, centralizadoras) y, por lo tanto, a aplicarlas en los casos concretos, controlando que en ellas no existiera "nada contrario a los intereses de *Vuestra Magestad et de l'Etat et aux lois fondamentales du royaume*".

La potestad judicial, en la concepción teórica de Montesquieu, se atribuía, pues, a todos, a personas elegidas por el pueblo para algunos periodos del año. Los tribunales no debían ser permanentes, debiendo actuar sólo el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales.

Ahora bien, "si los tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo hasta el extremo de no ser más que el texto preciso de la ley". El juicio, la setencia, no puede representar el punto de vista particular del juez; éste no es una fuerza social o política; el juez ha de limitarse a aplicar la ley creada por las verdaderas fuerzas sociales; su actividad es puramente intelectual, no creadora de nuevo derecho. Aquí se inserta la tan conocida frase de que el juez no es más que "la boca que pronuncia las palabras de la ley".

En esta construcción, pues, el Poder Judicial, al no representar a una fuerza social, es invisible o nulo; o bien que de los tres poderes el Judicial es en cierto modo nulo, quedando sólo los otros dos, que son los verdaderos poderes. Si lo que se pretendía era repartir el poder político entre las diversas fuerzas sociales y para ello se establecen unos órganos específicos, los jueces no son una fuerza social ni la representan. En la lucha entre las fuerzas sociales el juez debe ser neutral. Para conseguirlo, la potestad judicial no debe atribuirse ni a un órgano permanente, ni a un cuerpo de funcionarios. En realidad no existe el Poder Judicial.

IV. La subordinación de los jueces al Poder Ejecutivo

Aunque otra cosa pudiera parecer, la concepción de Montesquieu condujo a que en Francia el Poder Ejecutivo subordinara a los jueces, haciendo desaparecer incluso la expresión "Poder Judicial", y a que en otros países, como en España, aun manteniéndose formalmente las palabras en las leyes, de hecho se produjera también la subordinación.

1. *El caso francés como paradigma*

A. La concepción napoleónica

La elaboración teórica de Montesquieu no resistió al trasladarse al plano de la realidad. A pesar del número importante de constituciones por las que se ha regido Francia, sólo en tres de ellas se habló de Poder Judicial: en la primera de 3 de septiembre de 1791, en la senatorial de

6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En las demás se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire*, de *fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire*; desde 1848 no se habla en este país de Poder Judicial.

En los inicios revolucionarios la influencia del barón de la Brède es evidente. La elección de los jueces se establecía en las constituciones de 1791, de 1793 y de 1795, e incluso antes en el Decreto sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790. El cambio se produjo en la Constitución de 13 de diciembre de 1799, en la cual el nombramiento pasó a manos del primer cónsul, esto es, de Napoleón.

A partir de aquí, el Poder Ejecutivo redujo a los jueces a funcionarios administrativos y pudo hablarse de la administración de justicia. Manifestación de ello fueron la Ley sobre Organización de Tribunales de 18 de marzo de 1800 y la Ley sobre Organización del Orden Judicial y la Administración de Justicia de 20 de abril de 1810. Napoleón organizó la administración francesa y concibió a la justicia como una parte de esa administración. El ministro de Justicia se convirtió en el *grand-juge*.

Los cambios de régimen político no alteraron ya la situación. En la carta constitucional de 1814 la justicia emana del rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra. En la Constitución republicana de 1848, la justicia se administra en nombre del pueblo; pero los jueces son nombrados por el presidente de la República.

La Ley de 20 de abril de 1810, que se mantuvo en vigor hasta el fin de la III República, partía de la idea de que la justicia era un simple servicio público, equiparable sin más a cualquier otro, y los funcionarios del mismo, los jueces, eran nombrados y destituidos por el ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia del servicio, esto es, a criterios políticos. Para acceder a la judicatura se estableció en 1906 el sistema de oposición (concurso en la terminología mexicana); pero ello no ha impedido que continuara la concepción administrativa de la justicia.

B. La justificación doctrinal

El apoderamiento de la justicia por Napoleón fue tan completo que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo.

Los procedimentalistas franceses partieron ya de negar la existencia del Poder Judicial. Así, para Garsonnet, existen dos poderes: el Legislativo, que hace las leyes, y el Ejecutivo, que las aplica; el Judicial entra necesariamente en el Ejecutivo, puesto que su función es apli-

car la ley. La teoría de los tres poderes podría defenderse en un régimen en el que los jueces fueran elegidos; pero ello no es admisible en un sistema en el que corresponde al Poder Ejecutivo el nombramiento de aquéllos. Ahora bien, de esta facultad de nombramiento deriva el que los jueces sean agentes del Poder Ejecutivo y depositarios de una parte de su autoridad. No importa que los jueces sean inamovibles, pues esta prerrogativa no se justifica por la naturaleza misma del llamado Poder Judicial.

Entre los procedimentalistas se concluirá que la discusión en torno a la existencia o no del Poder Judicial carece de interés práctico. Por ello, la verdadera discusión se mantuvo entre los autores de derecho público en general, y así:

1º El máximo sostenedor de la existencia del Poder Judicial fue Carré de Malberg, para el cual:

> Por el hecho de que la autoridad jurisdiccional ha recibido una constitución orgánica que hace de ella una autoridad independiente, por el hecho de que la actividad jurisdiccional está sometida a formas especiales y que las decisiones jurisdiccionales tienen una fuerza que no corresponde a las decisiones administrativas, la jurisdicción se encuentra erigida, desde el punto de vista jurídico, en un poder distinto, es decir, en una tercera función de la potestad estatal.

2º Pero este autor es minoritario, pues la mayoría de la doctrina, en cantidad y calidad, se coloca en el lado opuesto, en la negación del Poder Judicial, centrándose en la idea de que la función jurisdiccional es una función del Poder Ejecutivo.

Se destacó así que los poderes no están subordinados a las funciones, sino que, por el contrario, estando los poderes más allá de las funciones, cada uno de aquéllos puede tener varias de éstas. Lo que importa es el ejercicio de una voluntad política y, desde este punto de vista, la actividad administrativa y la actividad judicial son dos ramas de un mismo poder de voluntad. En este sentido, decía Hauriou, lo que distingue las decisiones de una y otra actividad son las circunstancias y los procedimientos.

En este orden de cosas, Duguit estimaba que la existencia del Poder Judicial dependía de demostrar que la justicia es un elemento separable de la soberanía del Estado e incorporado a un órgano de representación.

En conclusión, la expresión Poder Judicial desapareció de la legisla-

ción francesa y de su tradición jurídica, y también los autores del derecho público han llegado a considerar preferible que la controversia quede definitivamente en silencio.

2. *La situación española antes de 1978*

Aunque en España la expresión Poder Judicial se ha mantenido y tiene detrás una cierta tradición jurídica, ello no supone que se haya actuado políticamente partiendo de la existencia de un verdadero poder

De las numerosas constituciones que nosotros hemos padecido, sólo tres, aparte de la de 1978, se han referido al Poder Judicial, y una de ellas no llegó a tener vigencia. Desde la de 1812 hasta la actual, ha habido variedad de títulos. En la primera Constitución, "De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal"; en la de 1837, se habla por primera vez del Poder Judicial; pero la de 1845 vuelve a "De la administración de justicia", y en la de 1856 (sin vigencial) al Poder Judicial. La Constitución nacida de la revolución democrática, la de 1869, insistió en el Poder Judicial, que no volvió a utilizarse hasta la de 1978, pues la de 1876 retrocedió a "De la administración de justicia", y la de 1931 se limitó a "De la justicia", que es lo que hizo también la Ley Orgánica del Estado de 1967.

El que en el último siglo se haya guardado la tradición de Poder Judicial, no ha sido consecuencia de las constituciones, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que se dictó bajo la vigencia de la Constitución de 1869. Ello no ha supuesto, lógicamente, la existencia de un verdadero poder. En este contexto es comprensible que para el primero de nuestros procedimentalistas, para Vicente y Caravantes, "las funciones del orden judicial se reducen a aplicar la ley a un cierto orden de hechos, o mejor, a concurrir a su ejecución, y toda ejecución de ley entra esencialmente en las atribuciones del Poder Ejecutivo".

En la Constitución de 1812 se partía realmente de la división de poderes y, a pesar de la falta de expresión de la existencia del Poder Judicial, por lo menos mitigado. Por ello, el nombramiento de los jueces correspondía al rey (artículo 171, 4ª); pero a propuesta en terna del Consejo de Estado (artículo 237). De ahí que en la Exposición de Motivos se dijera que la potestad judicial se separa completamente de cualquier otro ejercicio de autoridad soberana y, considerándola parte del ejercicio de la soberanía, se delega inmediatamente por la Consti-

tución a los tribunales. En esta concepción la inamovilidad de los jueces, establecida en el artículo 252, era elemento primordial.

A lo largo del siglo XIX las diversas constituciones irán proclamando la inamovilidad judicial; pero, de hecho, ésta no existirá, quedando los jueces sujetos a la arbitrariedad ministerial. Las depuraciones en la judicatura fueron constantes y casi siempre acudiendo a argumentaciones de esta índole: todos los nombramientos judiciales han sido producto del partidismo del anterior gobierno, por lo que el nuevo gobierno no puede aceptar sin más que sean inamovibles; realizadas por este nuevo gobierno las destituciones y los nombramientos oportunos, ahora sí, ya pueden ser declarados los jueces inamovibles. Naturalmente, con todos los gobiernos se realizaba el mismo proceso (*vid.* Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870).

Los jueces quedaron así sujetos a los mismos vaivenes que los funcionarios administrativos, y si en el siglo XIX es común, incluso en la literatura, la figura del funcionario cesante, también lo es la del juez cesante. Hasta la Disp. Transitoria VIII de la LOPJ de 1870 se refiere a ellos. Esta ley significó un gran paso adelante, pero siguió posibilitando el apoderamiento de la administración de justicia por el Poder Ejecutivo, pues en manos de éste, a pesar de la oposición (concurso), quedaban los nombramientos, como puede verse en los artículos 123, 128, 133, 138 y siguientes. Ello, aparte de que la ley convirtió a todos los jueces existentes al entrar en vigor en provisionales y de que su aplicación práctica fue escasa, por lo menos hasta el Decreto de Canalejas de 1889.

Desde entonces, y durante el siglo XX, la concepción que hemos calificado de napoleónica impregna toda la consideración de la administración de justicia. Según una opinión mayoritaria entre los procesalistas, al derecho constitucional o político corresponde el estudio de la jurisdicción, en cuanto atributo de la soberanía del Estado, aunque lo cierto es que a los constitucionalistas españoles no les ha interesado el estudio político y jurídico del Poder Judicial, como consecuencia de no considerarlo verdadero poder (así, Ruiz del Castillo, Sánchez Agesta o Lucas Verdú). Los procesalistas se limitan al proceso, a la actividad de los órganos jurisdiccionales, y dejan el régimen jurídico de las personas que ejercen esa actividad, y la propia organización de los tribunales, al campo del derecho administrativo, de donde resulta que el juez es un funcionario más y los órganos jurisdiccionales un componente más del esquema de organización administrativa del Estado (así, Fenech).

En este marco se comprende el reglamento orgánico de la carrera

judicial de 28 de diciembre de 1968, en el que se regula un cuerpo de funcionarios que ingresan por oposición (concurso) y que ascienden hasta determinado grado por antigüedad; pero que quedan en manos del ministro de Justicia o del gobierno cuando se trata de acceder a puestos que se califican de confianza (presidentes de audiencias territoriales o provinciales) o a las categorías más altas (magistrado del Tribunal Supremo). En esa época, lo mismo ocurría con los funcionarios administrativos; también se ingresaba por oposición (concurso) en los cuerpos correspondientes; pero en manos del ministro del ramo quedaba la designación para las categorías o los puestos más altos.

El Poder Ejecutivo había subordinado a los jueces, igual que a los funcionarios administrativos. La administración de justicia era parte de la Administración (con mayúscula) y como tal era regida y a sus principios se sometía.

Frente a esta concepción, aquella otra que arranca de la expresión "Poder Judicial" tiene que llegar a consecuencias distintas. En España, la ruptura entre lo viejo y lo nuevo la produce la Constitución de 1978.

V. Poder y potestad

La concepción nueva parte de reconocer que el Judicial es poder y, como tal, participa del poder político. Para comprender y para explicar esta nueva situación, es preciso con carácter previo, y aunque sea muy brevemente, referirse al concepto de poder político. No se trata, evidentemente, de rehacer toda la teoría del poder, ni de plantearse temas como los de la naturaleza de ese poder, sus clases y su subsistencia. Se trata sólo de saber lo que es el poder político en una sociedad estatal y democrática. Estas dos palabras delimitan el ámbito del estudio; no nos importa ahora el poder en agrupaciones distintas del Estado y tampoco en los Estados no democráticos. Es evidente que en las dictaduras actuales existe poder y que su ejercicio responde a reglas propias; pero para el fin que perseguimos, las limitaciones dichas se imponen.

Si el poder, en general, consiste en la capacidad de hacerse obedecer, de sujetar a los demás a las decisiones adoptadas, es evidente que el poder político atiende a esa capacidad dentro de la sociedad y hay, hoy, que referirlo, por lo antes dicho, al Estado democrático. Y así, frente a la concepción históricamente anterior que, de una u otra manera, hacía derivar el poder de Dios, en cuanto los gobernantes recibían de Dios su derecho a gobernar, derivándose de ahí una cierta privatización del poder, el cual estaba vinculado a una familia, la concepción democrática

supone desprivatizar el poder y atribuirlo, bajo la expresión de la soberanía nacional, al pueblo. En este sentido se explican, por ejemplo, los primeros artículos de la Constitución hispánica de 1812, según los cuales la reunión de todos los españoles constituye la nación, la cual es libre e independiente, no pudiendo ser patrimonio de persona o familia alguna, y en la que reside la soberanía, teniendo el derecho exclusivo de establecer sus leyes fundamentales.

En este mismo sentido, dice el artículo 39 de la Constitución mexicana que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, del que dimana todo el poder político, y el artículo 1º de la Constitución española reitera que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

Al asumir el pueblo la soberanía, se produjo un fenómeno de institucionalización del poder, en el que hay que distinguir dos facetas:

1º El poder constituyente: Cuando el poder deja de pertenecer a una persona y pasa al pueblo, éste intenta encarnarlo en normas; la relación política autoridad-obediencia deja de depender de la voluntad del príncipe y se juridifica. Este poder constituyente no reconoce límite jurídico alguno, por cuanto que es él el que va a establecer los límites. A la hora de hacer una Constitución, el pueblo constituyente puede verse limitado por valores de muy diversa índole (religiosos, culturales, incluso de concepción política); pero no tiene límites jurídicos. Como poder supremo, no reconoce poder superior, y como poder originario, no deriva de ningún otro. Si la Constitución no se adecua a la realidad social, será una norma fundamental de vida efímera; pero ello no tiene nada que ver con que se trata de un acto supremo.

2ª Los poderes constituídos: Esa norma fundamental será la que determine los que han de ejercer los poderes derivados de ella. Estos poderes no son ni supremos ni originarios. Los gobernantes no aparecen determinados en la Constitución con relación a personas físicas concretas; la norma fijará un *status* y determinará cómo se accede al mismo y cuáles son sus atribuciones; de la manera como se regule esto dependerá que el régimen político establecido sea democrático o no. Esa voluntad soberana del pueblo puede fijar que unos gobernantes accedan al poder por elección popular y que otros no, según la función que les atribuya.

En todo caso, este sistema supone que el poder se ha institucionalizado mediante el derecho. A partir de la Constitución quedan delimitados los *status* de poder constituido; en aquélla se delimitan desde el acceso al poder hasta el cese en el mismo, pasando por la competencia

y los límites. En un Estado democrático de derecho no existen poderes ilimitados; la Constitución no puede conceder poderes absolutos.

Partiendo, pues, de la existencia de los poderes constituidos, hay que determinar ahora qué es lo que el pueblo, por medio de la Constitución, atribuye al gobernante. En el derecho constitucional español contamos con una palabra que responde perfectamente a esa pregunta; esa palabra es *potestad*. Esa palabra-respuesta se encuentra en todos los textos constitucionales españoles, desde el más antiguo hasta el más moderno. Se decía así, en la Constitución de Cádiz de 1812 (en los artículos 15 a 17), que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el rey; la potestad de ejecutar las leyes reside en el rey, y la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales. En la vigente Constitución de 1978 se atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa (artículo 66.2); se dice que el gobierno ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria (artículo 97), y se confía la potestad jurisdiccional a los juzgados y tribunales (artículo 117.3).

En las constituciones de otros países no se utiliza esta palabra, pero las consecuencias no son distintas. Lo esencial no es, naturalmente, las palabras, sino los contenidos que con ellas se representan. A lo que aquí estamos haciendo mención es a que las constituciones colocan a las personas a las que se confía el ejercicio de un poder constituido en una situación especial que comportan, necesariamente, la atribución de un "algo" que las personas privadas no tienen. Ese "algo" puede llamarse autoridad o cualquier otra denominación; pero nosotros creemos que la palabra potestad, utilizada por las constituciones españolas, sirve muy bien para designar lo que al gobernante se atribuye.

El ámbito en el que se ejerce la potestad es distinto con relación a los tres poderes constituidos; pero no existen tres nociones de potestad, una para cada uno de los poderes. La noción general es común y supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo, en caso necesario, al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su competencia, el titular de ella no tiene superior ni iguales, todos están sometidos a él.

Es esta potestad la que hace que el Poder Legislativo, cuando actúa dentro de su competencia, esto es, cuando dicta una norma general, vincule a todos y los someta a esta decisión. Es también la potestad la

que atribuye también a los jueces y magistrados y respecto de todos los que con ellos se relacionan.

A jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos. Hasta aquí, en la atribución de potestad son iguales los diversos poderes constituidos por cuanto la noción genérica de potestad es válida para todos.

VI. La potestad jurisdiccional o jurisdicción

El paso siguiente consiste en advertir que la Constitución española —y lo mismo cabe decir de todas las constituciones, aunque no empleen usualmente esta terminología—, con referencia a los distintos poderes constituidos, califica de potestad que les atribuye y habla de legislativa, pudo hablar de ejecutiva y se refiere a la judicial. Consecuentemente a la potestad cualificada, atribuida a órganos específicos con requisitos concretos que los diferencian de los demás del Estado, llamamos jurisdiccional. Más abreviadamente puede hablarse de jurisdicción.

Advertía Calamandrei que el concepto de jurisdicción no es absoluto, válido para todos los tiempos y para todos los pueblos, sino relativo, con relación a un pueblo y a un cierto momento histórico. Por este camino ha seguido después buena parte de la doctrina, aunque no faltan los que han negado esa relatividad.

Es cierto que ni la multiplicación de definiciones por los autores, ni la diversidad de acepciones del término, son argumentos válidos para aceptar la relatividad del concepto. La multiplicación de definiciones advierte de su dificultad y de que los autores han contemplado la institución desde los más diversos puntos de vista, imponiéndose un gran esfuerzo de clarificación. La diversidad de acepciones es evidente, especialmente en la lengua española, en la que por lo menos tiene cuatro:

1ª Como conjunto de atribuciones de una autoridad (por ejemplo, este asunto es de la jurisdicción del gobernador).

2ª Como demarcación territorial sobre la que se ejerce una función (por ejemplo, el Rincón de Ademuz pertenece a la jurisdicción del gobernador de Valencia).

3ª Como sinónimo de competencia (así, por ejemplo, en el artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española).

4ª Como equivalente a potestad jurisdiccional, que es el sentido técnico que aquí tratamos de explicar.

Para nosotros, el problema de la relatividad del concepto de jurisdic-

ción está en íntima conexión a su consideración o no de potestad del Estado. Serra, por ejemplo, puede correctamente rechazar la relatividad porque parte de afirmar que la jurisdicción no se resuelve en una potestad estatal (él dice función), sino que existe independientemente del Estado, siendo tan sólo unas circunstancias históricas las determinantes de que en el momento actual el Estado haya recabado para sí el monopolio de la jurisdicción; pero el asumirla —dirá— presupone necesariamente una existencia anterior e independiente. Por el contrario, cuando para definir la jurisdicción se parte del derecho político y concretamente de la división de poderes, conceptuándola como una de las potestades del Estado, es innegable su carácter relativo.

Un concepto de jurisdicción —para nosotros— que pretendiera ser absoluto en el tiempo y en el espacio, habría de ser forzosamente demasido amplio y general. Así, es desde luego cierto, en nuestra opinión, que la jurisdicción supone "la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida, en su caso, por su actuación práctica" (que es la definición de Serra); pero en estos términos, el concepto es hoy poco preciso jurídicamente, y en especial desde el punto de vista social y político poco concreto, pues está recogiendo en su órbita, por poner un ejemplo, tanto la actividad de un juez independiente como la de un funcionario vinculado a las órdenes del partido único.

Por ello, el concepto de jurisdicción ha de basarse en la realidad de cada país y de nuestro tiempo, esto es, en su Constitución y en las leyes correspondientes al Poder Judicial. Partir de que se trata de una de las potestades del Estado es hoy ineludible, y cualquier construcción doctrinal que lo desconozca es meramente teórica.

En este sentido, la jurisdicción, para existir como tal en los Estados democráticos, tiene que referirse a un doble juego de condiciones:

a) Los órganos a los que se atribuye la potestad no pueden ser cualesquiera, sino que han de estar revestidos de una serie de requisitos propios que los distinguen de los demás órganos del Estado; estos órganos son los juzgados, tribunales y cortes, en los que los titulares de la potestad son los jueces, magistrados y ministros. Para saber, en consecuencia, si un órgano puede tener esta potestad específica, hay que examinar cuáles son en cada país las cualidades que constitucionalmente se precisan; pero cabe afirmar que por lo menos una es exigible en todos los países democráticos: la independencia.

b) La función que se asigna a estos órganos cualifica también la potestad, para lo que habrá de estarse también a la Constitución de

cada país. Con todo, para los países del mundo occidental, cabe también generalizar esta función y referirla a la actuación del derecho objetivo.

Más adelante estudiaremos la jurisdicción con relación a los órganos y a la función; pero ahora lo que importa es resaltar la potestad que asumen esos órganos, potestad que les lleva a ser uno de los poderes constituidos, determinando su ámbito de ejercicio.

VII. Ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional

La separación de poderes no comportaba, en el pensamiento de los revolucionarios franceses, equiparación de los mismos. La supremacía correspondió indudablemente al Poder Legislativo, como consecuencia de la hipervaloración de la ley que estaba en la base de su concepción ideológica. Por parte del Poder Ejecutivo basta recordar que se atribuía al rey, que hasta entonces había sido el poder absoluto, frente al cual se había concebido la propia división de poderes como límite. En esta situación, ¿qué ámbito de actuación se dejaba al Poder Judicial? La respuesta negativa es evidente: la potestad jurisdiccional no podía actuar sobre los campos delimitados para los otros poderes.

Son en este sentido muy reveladores los artículos 10 y 13 del Decreto francés sobre organización judicial, de 16-24 de agosto de 1790, esto es, la primera norma en esta materia que dictó la incipiente revolución. Se decía en ellos:

> Art. 10: Los tribunales no pueden tomar parte alguna ni directa ni indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni obstaculizar o suspender la ejecución de los decretos de los Cuerpos Legisladores, sancionados por el Rey, bajo la pena de traición.
>
> . . . . . .
>
> Art. 13. Las funciones judiciales son distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de traición, obstaculizar, de cualquier manera que fuere, las actividades de los cuerpos administrativos, ni citar antes ellos a los administradores por razón de sus funciones.

En este mismo orden de cosas, decía la Constitución de 3 de septiembre de 1791, en el artículo 3: "Los tribunales no pueden ni inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni asumir las funciones administrativas o citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones."

El ejercicio de la potestad jurisdiccional quedaba extraordinariamente reducido en su ámbito. Puede decirse que éste se reducía a: 1º Los litigios entre particulares (proceso civil) y 2º La imposición de las penas (proceso penal). Es por ello por lo que, ya en España, el artículo 242 de la Constitución de 1812 dirá que pertenece exclusivamente a los tribunales la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales.

La potestad jurisdiccional quedó apartada de todos aquellos supuestos en los que incide directamente la actuación política o el gobierno de una nación. Ni siquiera se le confiaba la tutela de los derechos y libertades fundamentales proclamados por la Constitución; se partía aquí de la idea, falsa como tantas otras de la revolución burguesa, de que su proclamación era suficiente para lograr la efectividad práctica.

No vamos a detenernos aquí en la evolución que ha llevado, primero, al control de la administración y, después, de la constitucionalidad de las leyes. Vamos a destacar simplemente que ello no se ha logrado sin resistencias de los controlados. Estas evoluciones son la historia de las limitaciones de las potestades legislativa y ejecutiva a lo establecido en las constituciones, y ello en defensa de la libertad del ciudadano. Ello se ha hecho a base de que los titulares de estas potestades pierdan parcelas de poder. En esta lucha se ha argumentado jurídica y políticamente; se ha dicho que juzgar a la administración es administrar, lo que suponía la inmisión del Poder Judicial en el ámbito del Ejecutivo, y últimamente hemos oído que el control de la constitucionalidad de las leyes supone que personas no elegidas por el pueblo controlen a los representantes de éste; en los dos casos se trataba de mantener parcelas de poder no limitado.

Esta evolución ha conducido a que en la actualidad las constituciones de los países democráticos determinen que el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional sea el siguiente:

1º Tutela de los derechos subjetivos de las personas.
2º Monopolio en la imposición de las penas.
3º Tutela de los derechos y libertades fundamentales.
4º Control de la legalidad de la actuación administrativa.
5º Control de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.
6º Control de la constitucionalidad de las leyes.

Este es el ámbito sobre el que se ejerce la potestad jurisdiccional.

Después veremos la función que los órganos jurisdiccionales cumplen en ese ámbito.

VIII. La distinción entre juez y funcionarios

Dijimos en el apartado VI que la jurisdicción tiene que referirse, para existir, a un doble orden de requisitos, siendo el primero de ellos el relativo al órgano. Dentro de este aspecto, lo transcendental, a los efectos que aquí nos importan, es la distinción entre funcionario y juez, distinción que se basa en la independencia del segundo frente a la dependencia administrativa del primero.

La diferencia entre juez y funcionario es posible y necesaria sólo en un determinado contexto político. Cuando todo el poder está concentrado en unas manos, y todas las demás personas actúan por delegación, no tiene sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en quienes se delega. Una monarquía absoluta precisa sólo de servidores fieles; una dictadura no necesita distinguir entre sus funcionarios. En el antiguo régimen era lógico que una misma persona (el corregidor, por ejemplo) asumiera funciones administrativas y jurisdiccionales; la distinción no era necesaria, pues siendo el soberano el titular de la soberanía y de todo el poder, podía delegar en el funcionario lo que estimara conveniente.

Al producirse la división de poderes constituidos y atribuirse a cada uno de ellos potestad y una función propia y exclusiva, hubo de parecer necesario establecer estatutos personales distintos para los servidores de la administración, por un lado, y para los titulares de la potestad jurisdiccional por el otro. Esta necesidad, obvia partiendo de la base política de la separación de poderes, fue desconocida por la concepción que hemos llamado de la "administración de justicia", que redujo al juez a la condición de funcionario. El Poder Ejecutivo, desde Napoleón, no ha consentido la existencia de unos titulares de la jurisdicción con estatuto propio, distinto del de los funcionarios, que les permitiera una independencia real. De ahí, por ejemplo, que el nombramiento de los jueces se atribuya, de una u otra manera, al detentador del Poder Ejecutivo.

La asimilación tradicional del juez al funcionario ha tenido siempre como fin último el negar, directa o indirectamente, la independencia de aquél. De aquí que convenga ahora poner de manifiesto que la existencia de un verdadero Poder Judicial ha de partir del hecho de la independencia de los jueces, en primer lugar, y, en segundo, de que esa independencia diferencia radicalmente al juez del funcionario.

Inmediatamente después abordaremos lo que es la independencia, pero antes conviene despojar algunos caracteres, en los que suele insistir la doctrina como exclusivos de los jueces y que, sin embargo, en nuestra opinión pueden diferirse también a los funcionarios. Se trata de precisar claramente las diferencias reales, y para ello conviene despejar el camino de las diferencias aparentes; es este caso, de la inamovilidad y la imparcilidad.

Independencia e inamovilidad no son una misma cosa. Es cierto que a lo largo del siglo XIX la reivindicación clave de los que propugnaban la independencia judicial fue la de la inamovilidad; pero ello se hacía porque ésta es requisito imprescindible para lograr aquélla, aunque una y otra no se confundan. Hay que tener en cuenta que los funcionarios, en los países donde existe una administración no vinculada al partido político que ocasionalmente ocupa el Poder Ejecutivo, también tienen derecho a no ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

La inamovilidad tiene para jueces y funcionarios distinto alcance: para los jueces es garantía de la independencia, y un ataque a aquélla es un ataque a ésta; para los funcionarios es medio de racionalizar el servicio administrativo, dándole estabilidad, pero no es garantía de independencia.

Lo mismo ocurre con independencia e imparcialidad. El juez es imparcial, pero los funcionarios también deben serlo; en los dos casos se trata de garantizar la neutralidad frente a las partes concretas en el proceso o en el procedimiento administrativo. Con todo, existen diferencias, no relativas a las personas, sino a la potestad que ejercitan. La jurisdicción actúa, por su propia esencia, con desinterés objetivo, y la imparcialidad tiende a asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta investida de la potestad jurisdiccional. Con la imparcialidad del funcionario se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta; pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la administración. Ésta tiene que ser imparcial con relación a los administrados, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, esto es, actuando con "objetividad"; pero el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la administración se ejerce siempre en asunto propio y, por lo tanto, no hay desinterés objetivo *(vid.,* después apartado XIII).

Despejado el terreno, y advertido que la independencia no se justifica como privilegio de una casta, sino como medio para hacer posible el ejercicio de la potestad y el cumplimiento de una función que están al servicio del ciudadano, creemos que la exacta comprensión de lo que

la independencia supone obliga a distinguir entre dos clases de disposiciones relativas a ella. Existen, en primer lugar, disposiciones en las que se establece la independencia, que son propias y exclusivas de los jueces y, después, existen disposiciones que regulan una serie de medidas para garantizar la independencia declarada. Estas medidas, en cuanto utilizan técnicas al servicio de un fin, no tienen por qué ser necesariamente exclusivas del estatuto de los jueces, pudiendo en algún caso ser aplicadas a los funcionarios, aunque con distinta finalidad.

Aludiremos a continuación a la independencia, pero ciñéndonos a su concepto, sin entrar en las medidas que las garantizan. Como concepto, la independencia es común y puede aplicarse a muy distintos países; lo que suele variar son las garantías, que dependen del contexto socio-económico-político del caso concreto.

IX. Concepto de independencia

La independencia judicial está hoy, de modo teórico, firmentente asentada en la concepción jurídico-política del mundo occidental, hasta el extremo de que ha alcanzado reconocimiento internacional en las declaraciones de derechos. En las constituciones de los distintos países suele hacerse reiterada alusión a ella y lo mismo cabe decir de infinidad de leyes ordinarias. Pero, ¿qué es la independencia judicial? En nuestra opinión comporta:

a) *Sumisión exclusiva a la ley*

Los jueces en el ejercicio de su potestad y cumplimiento de su función están sometidos únicamente a la ley. Adviértase que la sumisión a la ley no supone que la independencia tenga un límite en la ley, ni que la sumisión a la ley sea una excepción a la independencia. Por el contrario, si la función jurisdiccional, como veremos después, consiste en la actuación del derecho objetivo, al juez se le concede independencia para que pueda satisfacer pretensiones y resistencias únicamente con arreglo al derecho objetivo, sin que existan otros condicionamientos. La independencia se justifica en el cumplimiento de la función.

Sumisión a la ley no supone sumisión al Poder Legislativo. El juez aplica la ley elaborada por ese poder; pero ello no implica que cualquier acto de las cámaras le vincule. Con referencia a las comisiones parlamentarias de investigación, el artículo 76 de la Constitución española establece claramente que las conclusiones de éstas no vinculan a los

tribunales; pero es que, además, no las leyes, pero sí los actos administrativos que las cámaras realicen, son controlables por el Poder Judicial.

Sumisión a la ley no supone tampoco sumisión a cualquier ley, sino sumisión sólo a la ley constitucional. Los sistemas para la declaración de inconstitucionalidad de la ley son distintos, pero todos conducen a este efecto. Incluso en los casos en que los tribunales ordinarios no pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, de una u otra manera pueden cuestionar la misma, aunque sea remitiendo el tema al tribunal competente.

b) *No sumisión a normas contrarias a la ley*

Los jueces no sólo tienen el control de la potestad reglamentaria, es que además no se encuentran vinculados por las normas emanadas de esa potestad que sean contrarias a la ley; más todavía, están obligados a no aplicar los reglamentos, o cualquier otra disposición, contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

c) *No sumisión a los tribunales superiores*

Mientras el funcionario actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, el juez, al aplicar la ley, no tiene superiores; ejercitando la potestad jurisdiccional no hay superior ni inferior, no hay jerarquía; cada juez o tribunal tiene su competencia y dentro de ella ejerce la potestad sólo vinculado a la ley.

En este sentido, el artículo 12.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española dice que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales, y aunque añada el párrafo 2 que no podrán los jueces y tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan.

En el mismo orden de cosas, tampoco podrán los jueces y tribunales dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional, dice el párrafo 3 del mismo artículo 12.

Respecto a los jueces y tribunales se habla de superior e inferior sólo con relación a su actuación administrativa, no sobre la jurisdiccional.

Tanto es así, que en este orden todos tienen la misma potestad. Cuando se define la competencia como la medida de la potestad que corresponde a un órgano, se está desconociendo lo que es la potestad; ésta, como vimos, por su propia naturaleza es indivisible; se tiene toda o no se tiene. Lo que se divide conforme a la competencia es el ámbito en el que la potestad se ejerce, pero no la potestad misma.

d) *No sumisión a otro poder ni a entidad o persona alguna*

La independencia se ha sentido históricamente como necesidad frente al Poder Ejecutivo, pero no cabe olvidar que también hay que reivindicarla frente a partidos políticos, sindicatos, asociaciones, grupos de presión y cualquier otro grupo, entidad o persona interesado en influir o determinar la aplicación que de la ley hacen los jueces.

Hoy sólo las formas estatales extremas intentan claramente la sumisión del juez al Poder Ejecutivo o al partido único. En otros Estados el intento de sometimiento no es declarado; pero en ellos, aun proclamándose en los textos la independencia, el sometimiento se produce de muy distintas maneras. En cualquier caso, con la desaparición de la independencia, de derecho o de hecho, desaparece la jurisdicción tal y como aquí la concebimos, quedando todo reducido a administración.

X. La función jurisdiccional

El segundo de los requisitos a los que nos referíamos en el apartado VI es el de la función de los órganos jurisdiccionales, y allí adelantábamos que era la actuación del derecho objetivo. Ahora bien, esta afirmación, en la que está de acuerdo la mayor parte de la doctrina procesal, no es bastante para individualizar la función, y ello porque también los órganos administrativos aplican el derecho. Las diferencias entre jurisdicción y administración sólo se hallarán profundizando en cómo se realiza esa actuación. En nuestra opinión, las diferencias se centran en tres aspectos:

1º La actuación del derecho objetivo sólo se realiza por la jurisdicción ante el ejercicio de pretensiones y resistencias, lo que nos obliga a precisar el concepto de unas y otras.

2º La jurisdicción actúa el derecho objetivo de modo irrevocable y ello lleva a determinar lo que se entiende por cosa juzgada.

3º La jurisdicción opera siempre con desinterés objetivo lo que se

explica mediante la imparcialidad objetiva y la diferencia entre autotutela y heterotutela.

Expondremos brevemente estos tres aspectos, resaltando los puntos en los que nuestra aportación original es mayor.

XI. Noción de pretensiones y resistencia

En la situación actual de la jurisdicción en los países occidentales, la actuación del derecho objetivo por los jueces precisa, en todo caso, que alguien comparezca ante el órgano jurisdiccional y pida que aquél se aplique en un caso concreto. La actividad jurisdiccional no se inicia nunca sin petición ajena al tribunal. Más aún, la función jurisdiccional no se ejercita nunca sólo con la existencia de alguien que pida la aplicación del derecho objetivo; es necesario que se pida frente a otra persona. Surgen así los conceptos de pretensión y resistencia, sobre los cuales la doctrina ha trabajado con profundidad y acierto.

1. *Concepto de pretensión*

Pretensión es una petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere.

Los elementos que caracterizan esta petición son los siguientes:

a) *Es una declaración de voluntad:* A lo largo de un proceso se realizan muchas peticiones, pero sólo una de ellas es la pretensión; las demás peticiones son instrumentales, están al servicio de la pretensión (así, la petición de que se reciba el pleito a prueba, o de que se cite a un testigo, etcétera); la pretensión tiene como objeto directo un bien de la vida y por lo tanto va a constituir el objeto del proceso.

b) *Es una petición fundada:* Como dice Guasp, por petición fundada se entiende petición que invoca un fundamento, es decir, acontecimientos de la vida que sirven para delimitar aquélla; fundamentos que han de ser sólo hechos. Con relación a un mismo bien, puede ejercitarse más de una pretensión: los hechos que constituyen la fundamentación singularizan la pretensión que se interpone frente a las demás posibles. La pretensión no existiría si no está delimitada; en efecto, un sujeto activo puede formular ante un órgano jurisdiccional y frente a un sujeto pasivo la petición de que éste sea condenado a pagar una cantidad; esta petición no está concretada, pues la cantidad puede adeudarse por múl-

tiples causas y, por lo tanto, sin más, no constituye una verdadera pretensión; para que exista ésta es preciso determinar el acontecimiento de la vida en que se apoya la petición, por ejemplo, el hecho del préstamo, de la compraventa, de la prestación de servicios, etcétera.

c) *No es un acto procesal:* En primer lugar, es evidente que la pretensión no es un trámite y ni siquiera es el trámite con el que se inicia la serie constitutiva del proceso. Como dice Guasp, el trámite no es una actividad determinada, sino el marco formal (el continente) en que dicha actividad se desarrolla, la envoltura procedimental de la misma; el procedimiento no se compone de actos, sino formalmente de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de si una cierta actividad o conjunto de ellas.

Pero la pretensión tampoco es un acto en sentido estricto, es decir, actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. En algunos procesos es posible que la pretensión se interponga en un momento único determinado temporalmente; pero en otros procesos la pretensión se interpone en varios momentos, esto es, en varios actos. Como declaración de voluntad puede formularse en un acto o en varios; lo importante de ella no es, pues, su apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

d) *No es un derecho:* No existe el derecho de pretender y no existe porque no es necesario, porque no añade nada al derecho de acción. La pretensión no es algo que se *tiene*, es algo que se *hace*.

e) *Se dirige al órgano jurisdiccional* y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que, según su naturaleza, determina la clase de pretensión ejercitada; por ello, la pretensión puede ser declarativa, constitutiva o declarativa de condena, de ejecución y cautelar.

f) *La pretensión ha de interponerse frente a otra persona*, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo, debiendo tratarse de persona determinada o, por lo menos, determinable.

La concurrencia de estos requisitos sirven para fijar la existencia de la pretensión. La fundamentación y la legitimación se refieren a su eficacia y no sirven, por lo tanto, para delimitar su concepto.

2. *Concepto de resistencia*

De modo correlativo al de pretensión, aparece el concepto de resistencia o de oposición a la pretensión. El uno no puede entenderse sin el otro, y ambos se complementan. Por resistencia debe entenderse la pe-

tición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona.

Lo que dijimos entorno a la naturaleza de la pretensión es aquí aplicable. La resistencia no es, desde luego, un trámite; pero tampoco es un acto procesal, en sentido estricto; es decir, no es una actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Su naturaleza de petición permite también su realización en varios actos. Lo esencial es que sin resistencia no se comprende la actividad jurisdiccional, y ello puede llevar incluso a que la ley configure una parte meramente formal, sin interés directo en la relación jurídica material discutida.

Hasta aquí, y muy básicamente, una primera distinción que puede sernos muy útil: el ejercicio de la función jurisdiccional no se inicia nunca de oficio; la actuación del derecho objetivo se realiza siempre frente a dos partes. La administración actúa de oficio; naturalmente puede actuar a instancia de parte, pero esa instancia o petición no es una pretensión en sentido estricto; el derecho objetivo no se actúa frente a dos partes.

XII. Actuación irrevocable del derecho

El segundo de los aspectos diferenciales atiende a la especial eficacia jurídica que implica la actuación del derecho objetivo por órganos dotados de potestad jurisdiccional, frente a la actuación por órganos con potestad administrativa. Esa especial eficacia se resume en que la primera reviste a sus resoluciones de cosa juzgada y la segunda no.

El principio de legalidad en la actuación administrativa no supone que la administración justifique su existencia con el mero cumplimiento de la ley. No se trata ahora de volver a la doctrina de la vinculación negativa; no pretendemos decir que la administración pueda realizar libremente todo aquello que la ley no le prohibe; no se trata de eso. Aun dentro de la doctrina de la vinculación positiva de la administración a la ley, reconociendo que la actuación sólo será válida si se tiene base normativa o, en palabras de García de Enterría, que "sólo cuando la administración actúa con (esa) cobertura legal previa su actuación es legítima", no puede concluirse que la administración cumpla su función limitándose a aplicar la ley.

La administración, como poder público, está sujeta a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y actúa con sometimiento pleno a la ley y al derecho; pero la función administrativa no consiste, ni puede consistir, sólo en actuar el derecho objetivo. Actúa sometida a la ley,

pero no con el exclusivo fin de aplicarla. El artículo 103.1 de la Constitución española nos lo está indicando: la administración pública sirve los intereses generales o públicos; para ella el derecho es cobertura, medio, límite, pero no fin.

El principio de legalidad en la actuación de la administración puede llevar a la ineficacia de ésta, pues se olvida el servicio a los intereses generales. Éstos, en materia de obras públicas, por ejemplo, pueden exigir la construcción de un sistema de irrigación para convertir campos de secano en tierras de regadío, y para ello no puede ser necesaria la existencia de una ley especial anterior que prevea el caso concreto para que luego la administración se limite a la ejecución de la ley. En España el principio se está llevando a este absurdo. La decisión de construir la obra indicada es una decisión política, que no precisa de una norma concreta que la prevea; con esa decisión se está sirviendo los intereses generales. El principio de legalidad significa sólo que en la ejecución de esa decisión (que habrá de haber sido tomada, eso sí, por órgano competente y con el procedimiento establecido) el derecho actuará como límite y como medio; habrá de estarse a la ley de expropiación forzosa y a las normas de concentración parcelaria, por ejemplo.

La jurisdicción encuentra su razón de ser en la actuación del derecho sin más. El sometimiento del juez al imperio de la ley no es cobertura o límite, es fin. El juez no adopta decisiones políticas al servicio de los intereses generales; no construye sistemas de regadío, no decide políticamente, y con responsabilidad sólo política, si urbanizar los barrios periféricos de la ciudad o construir edificios de mero ornato. El juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones.

Tradicionalmente se ha venido diciendo que el Poder Ejecutivo ejecuta la ley y el Poder Judicial la aplica. En los dos casos hay actuación de la norma; pero, para la administración, la ejecución se hace al servicio de los intereses generales, mientras que la jurisdicción la cumple para satisfacer pretensiones y resistencias.

Esta distinta manera de actuar el derecho objetivo hace que el ejercicio de la potestad administrativa sea controlable, y el control consiste en determinar si los intereses generales se han servido ejecutando el derecho de manera correcta, lo que supone básicamente asegurarse de que se han respetado los derechos de los administrados. El ejercicio de la potestad administrativa lleva a lo que se denomina presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo; presunción que admite prueba en contrario, prueba de actuación no legal. El acto administra-

tivo es, por lo tanto, controlable, y lo es precisamente por la jurisdicción.

La potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo y después de ella no hay nada más. La aplicación del derecho objetivo en el desempeño de la función jurisdiccional, no puede ser controlada por una instancia posterior; aplica el derecho objetivo de manera irrevocable. Surge así la cosa juzgada, y en virtud de ella se conforma la situación jurídica de acuerdo con el contenido de la sentencia, precluyendo toda posibilidad de ulterior control de su conformidad al derecho. No se trata, como todavía sostiene alguna doctrina, de que las resoluciones con cosa juzgada gocen de una presunción *iuris et de iure* de verdad; es algo diferente. La cosa juzgada no es una presunción de verdad. La fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones judiciales no se basa en una presunción, sino que supone un vínculo de naturaleza jurídico-pública que obliga a los jueces a no fallar de nuevo lo ya decidido, y ello atendiendo a las garantías del órgano, a las garantías del proceso, a como se aplica el derecho y a la seguridad jurídica.

XIII. Actuación con desinterés objetivo

Tradicionalmente en el derecho español, la función jurisdiccional se ha expresado con una fórmula que arranca de la Constitución de 1812: "Juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado." Se refleja así, en afortunada síntesis, lo que hacen los órganos dotados de potestad jurisdiccional; pero hay que advertir que ese juzgar tiene caracteres especiales.

Puso ya de manifiesto Chiovenda que en la aplicación de la ley por la administración no falta juicio, lo que se ha ido acentuando con el paulatino aumento de garantías en el procedimiento administrativo; pero que ese juicio opera de manera distinta al juicio de la jurisdicción. En sus palabras: "También la Administración juzga, puesto que no se obra sino sobre la base de un juicio; pero juzga de su propia actividad. En cambio, la Jurisdicción juzga de la actividad ajena y de una voluntad de ley que concierne a otros." Aparece así la denominada *alienità*, que se ha traducido como "ajenidad" o "terciedad", y que De la Oliva llama, creemos que con acierto, desinterés objetivo.

Posiblemente el camino más idóneo para comprender esta diferencia sea el de la distinción entre autotutela y heterotutela. Para la mejor gestión de los intereses generales, la administración se sirve de la autotutela, y ésta supone aplicar el derecho en asuntos propios; mientras

que la jurisdicción ejerce un sistema de heterotutela, es decir, aplica el derecho en asuntos ajenos.

En general, la autotutela se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto resuelve éste por medio de su acción directa; unilateralmente, una de las partes impone su solución a la otra; se trata, pues, de la imposición de una parte sobre otra, sin que exista un tercero entre ellas. Los peligros de este modo de solución de los conflictos son evidentes, tanto que su prohibición general es uno de los primeros postulados de la civilización. Esta prohibición puede encontrarse en la propia Constitución (caso del artículo 17 de la de México), en códigos procesales (así, en el artículo 1 del Código de Processo Civil de Portugal), o puede contemplarse desde el punto de vista penal (postura del artículo 337 del CP español). No faltan, con todo, excepciones a la regla general, casos en los que la propia ley permite al particular acudir a la acción directa; pero se trata de excepciones contadas.

Con la administración ocurre de manera distinta. Justificándolo en la expeditividad y eficacia en la gestión de los intereses generales, y partiendo de la denominada presunción *iuris tantum* de legalidad del acto administrativo, la administración está capacitada para tutelar por sí misma sus derechos tanto en la vía declarativa como en la ejecutiva, tanto conservando como agrediendo.

La autotutela supone así actuación del derecho en un asunto propio; se es juez y parte. Incluso, cuando aparentemente la administración soluciona conflictos entre particulares, está actuando en caso propio, pues su intervención en esos conflictos sólo se justifica en cuanto persiga un interés general.

La actuación de la jurisdicción parte de la prohibición de la autotutela entre los particulares. Prohibida la acción directa, el Estado asume la heterotutela de los derechos subjetivos. En la heterotutela la aplicación del derecho objetivo se realiza por un tercero ajeno a las partes, el cual impone a éstas su decisión. El posible conflicto no se resuelve por obra de las partes, sino por obra del tercero, a cuya decisión quedan aquéllas jurídicamente obligadas. La jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación del derecho en asuntos de otros.

Hay que distinguir entre imparcialidad del funcionario o de la autoridad administrativa y el interés objetivo. La administración no está desinteresada en los asuntos en que interviene, pero el funcionario con-

creto ha de ser imparcial; es decir, interés objetivo y desinterés subjetivo. En la jurisdicción, en cambio, hay desinterés objetivo y subjetivo.

XIV. Conclusión

Hemos estudiado lo que supone la potestad jurisdiccional o jurisdicción, atendiendo después a precisar los elementos que caracterizan al órgano dotado de la misma (en especial, la independencia) y a la función que se atribuye a estos. Lo hemos hecho atendiendo al objetivo de que reside aquí la primera garantía constitucional del proceso; sin la existencia de un verdadero Poder Judicial, las garantías del proceso quiebran en su base.

Cuando se reconoce que los jueces tienen atribuida potestad, que ésta se ejercita para actuar el derecho objetivo, lo que se hace en un ámbito que va desde la tutela de los derechos subjetivos de las personas hasta el control de la constitucionalidad de las leyes, y que ello se hace con total independencia de los otros poderes constituidos en el Estado, la única consecuencia posible es la de que los jueces tienen poder político, que son partícipes del poder político del Estado.

Este reconocimiento no puede quedarse limitado a lo meramente intelectual o teórico, sino que ha de tener su reflejo en la organización política del mismo Estado. A nivel teórico deberíamos acostumbrarnos a no emplear una terminología confundidora, desterrando la utilización de la expresión "administración de justicia" y de la palabra "funcionario" referida a los jueces. A nivel político hay que partir de la autonomía del Poder Judicial frente a los otros poderes.

En ocasiones se ha hablado de dos clases de independencia judicial: una, la personal, referida al juez individual, y otra, la funcional, que pretende referirse al Poder Judicial en su conjunto. Por nuestra parte, creemos que sí puede y debe hablarse de independencia del juez —y así lo hemos hecho en las páginas anteriores—, no debería emplearse la palabra independencia cuando se trata del Poder Judicial; éste no es, ni puede ser, independiente, de la misma manera que dentro del Estado no son independientes los otros poderes. Dentro del Estado no hay poderes independientes los unos de los otros. El Poder Judicial, como organización, no puede aspirar a ser independiente del Poder Legislativo, pues ello significaría, por ejemplo, que no estaría sujeto a la ley o que fijaría su propio presupuesto sin relación con el del Estado. Por otra parte, el Poder Legislativo no es independiente del Poder Judicial

y ahí están las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes para aprobarlo.

Si esa independencia no existe, sí en cambio podría hablarse de autonomía. El Poder Judicial ha de ser autónomo (en el marco de la Constitución y de la ley), ejercitando una parcela del poder político dentro del Estado.

La división de poderes liberal partía, como hemos visto, de negar al Judicial su condición de poder y lo dejaba reducido a mera administración, servida por una clase especial de funcionarios, con competencias muy reducidas y ni siquiera exclusivas. Sólo en las últimas décadas ha empezado a reconocerse que el Poder Judicial ha de ser también "detentador" del poder del Estado. Si queremos que ello sea así, ha de ser partiendo de su autonomía.

Para que el Poder Judicial sea autónomo han de concurrir tres requisitos complementarios:

1º Ha de contar con una organización propia en la que no se permitan injerencias de los otros poderes.

Hasta estos últimos tiempos, el Poder Ejecutivo ha controlado al Judicial. El Ejecutivo ha nombrado los jueces, los ha ascendido, sancionado y, en general, ha controlado su estatuto personal y régimen orgánico. La aparición de los consejos superiores de la magistratura (en España, Consejo General del Poder Judicial) ha significado un cambio radical: ha puesto las bases para que se cumpla el primer requisito de la autonomía. El Poder Judicial es autónomo cuando su organización no aparece como una parcela de los otros poderes, sino que cuenta con organización propia.

2º Ha de tener atribuida la función jurisdiccional en exclusiva, de tal modo que en ningún caso pueda ser asumida por órganos de los otros poderes.

Estamos aquí ante lo que se ha llamado monopolio de la jurisdicción. En las sociedades actuales se parte de que la jurisdicción es asumida en exclusiva por el Estado (con excepciones muy concretas); pero, a su vez, dentro de éste, el Poder Judicial es el que asume la jurisdicción, y ello con carácter de monopolio, de tal manera que no puede atribuirse jurisdicción a órganos distintos de los tribunales.

3º La función jurisdicción, como actuación del derecho objetivo con las notas antes dichas, ha de ser atribuida en un ámbito que no puede quedar limitado a la vieja concepción liberal, sino que ha de comprender los aspectos que dijimos en el apartado VII.

Añádase, lógicamente, que la permanencia de estos requisitos ha de

estar garantizada por la Constitución, de manera tal que no quede a la discrecionalidad del Poder Legislativo y, mucho menos, a la del Ejecutivo, su alteración.

La concurrencia o falta de estos requisitos es la medida para determinar si en un país concreto existe o no Poder Judicial. Si falta alguno sólo existe "administración de justicia".

XV. Bibliografía *

II. Para la discusión parlamentaria de la Constitución española de 1978, *vid., Constitución española. Trabajos parlamentarios,* Cortes Generales, Madrid, 1980, 4 volúmenes. En el punto concreto del texto, las enmiendas a "Poder Judicial" procedían de Raúl Morodo (Partido Socialista Popular) y López Rodó para la discusión tomo II, pp. 1797-9. En el Senado insistió en la supresión de "Poder Judicial", Satrustegui (Progresistas y socialistas independientes) (en el tomo III, p. 2843) y defendió el texto el portavoz de Unión de Centro Democrático (tomo III, pp. 3821-3); se reiteró después la discusión en el Pleno del Senado (tomo IV, pp. 4615-5).

La cita de Azaña puede verse en *Diario de Sesiones,* 23 de noviembre de 1932, p. 9699, *vid.,* Villaroya, Tomás, *Gobierno y justicia durante la segunda república,* en "El poder judicial", Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, tomo III, pp. 2617 y ss.; todavía podría añadirse otra cita, ahora de Albornoz, ministro de Justicia: "El Ministro no habla nunca del Poder Judicial, porque cree que hay una que se llama Administración de Justicia como hay una Administración Pública, no un Poder Judicial..." (*Diario de Sesiones,* 26 de abril de 1932, p. 5193).

III. La consulta de las obras de Locke y Montesquieu no tiene dificultad. Para la concepción del Poder Judicial en este último, *Vid.,* Pizzorusso, *L'ordinamento giudiziario,* Bologna, 1974, con reproducciones parciales de trabajos de Bassi, Cotto, Tarello, Palma, V. E. Orlando; Ruiz del Castillo, *La doctrina de Montesquieu. Valor actual,* Madrid, 1951, y Pedraz, "La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu, en *Rev. de Der. Procesal Iberoamericana,* 1976, IV.

IV. Para el caso francés puede verse Dalle, *El autogobierno del Poder Judicial,* ponencia a las jornadas del Centro de Estudios Constitu-

* La bibliografía está elaborada de acuerdo con los temas de cada apartado, cuyo número romano aparece en el lado izquierdo.

cionales; Boncenne, *Introduction a l'étude de la procédure civile*, 2ª ed., París, 1858; Garsonnet, *Traité théorique et practique de procédure civile et commerciale*, 3ª ed., tomo I, París, 1912, núms. 1 a 7, la 1ª es de 1882, y del mismo, *Précis de procédure civile*, 2ª ed., París, 1893. La cita de las leyes francesas en Duvergier, J. B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances...*, colección iniciada en París, 1824.

La opinión de Carre de Malberg, en *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, tomo I, p. 811, y en el mismo sentido Smein, *Eléments de droit constitutionnel*, Sirey, 1927, tomo I. En contra Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ª, 1929, y Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tomo II, 1922. Para Eisenmann, "La Justice dans l'Etat, en *La Justice*, Niza, 1961, es preferible que la controversia quede definitivamente en silencio.

La historia legislativa de la organización judicial española en Laso, *Crónica de la codificación española, 1. Organización judicial*, Madrid, 1970, y Carretero, Adolfo, "La organización de la administración de justicia en 1808", en *Rev. de Derecho Judicial*, 1964, núm. 20, con una serie de trabajos posteriores sobre el siglo XIX en la misma revista. Para las constituciones la mejor publicación es la de Sevilla, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 2 vols., 1969.

Se cita en el texto a Ruiz del Castillo, *Manual de derecho político*, Madrid, 1939; Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, Madrid, 1966; Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Madrid, tomo I, 1972, y Fenech, "Notas previas al estudio del derecho procesal", en *Derecho procesal penal*, Barcelona, tomo I, 1960.

V. Para la noción de potestad *vid.*, Fairen, "La potestad jurisdiccional", en *Rev. de Derecho Judicial*, 1972, núms. 51-52, y "Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, I, Madrid, 1983; Montero, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, 1979; Romano, "Poteri, potestà", en *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953; Frosini, "Potere (teoría generale)", en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XIII; también Ferrando Badía, *Estudios de ciencia política*, Madrid, 1982; García de Enterría (con T-R. Fernández), *Curso de derecho administrativo*, Madrid, tomo I, 1981. Desde un punto de vista distinto, pero interesante, D'Ors, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Pamplona, 1963, y *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Pamplona, 1973.

VI. Sobre la relatividad, Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, I, Buenos Aires, 1962, núm. 8. En contra Serra, "Jurisdicción", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969.

VIII. En el antiguo régimen "el Rey era el primer juez del reino, y no sólo un órgano de justicia, sino la justicia misma"; Beneyto, "La gestación de la magistratura moderna", en *Anuario de Historia del Derecho*, tomo XXIII, núm. 37, 1953, p. 55. En la Partida II, en el Fuero Viejo de Castilla I, 1: "Estas cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que no las deve dar ningund ome, nin las partes de si, ca pertenescen a el por razon del señorio natural, Justicia, Moneda, Fonsadera é sous yantares."

Sobre la distinción de estatuto personal entre juez y funcionario, Gabaldón y otros, "El estatuto profesional del juez", en *Primeras jornadas de derecho judicial*, Madrid, 1983, y Montero, "La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados, en *Jornadas del Centro de Estudios Constitucionales*.

La idea básica de la distinción entre normas que establecen la independencia y normas que la garantizan, proviene de Ortells en trabajo inédito; su desarrollo es nuestro.

IX. La independencia judicial ha provocado una gran bibliografía, en número de trabajos que no en calidad; de ella destacamos: Vescovi, "La independencia de la magistratura en la evolución actual del derecho", en *Effektiver Rechtschutz und verfassunsmässige Ordnung*, ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983; Guarnieri, C., *L'independenza della magistratura*, Padova, 1981; Rodríguez Aguilera, "Independencia judicial", en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1974; Álvarez Gendin, *La independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1966; Martínez Calcerrada, *Independencia del Poder Judicial*, Madrid, 1970; Castan, *Poder Judicial e independencia judicial*, Madrid, 1951; González Rivas, "La independencia judicial", en *El Poder Judicial*, Madrid, 1983. Un aspecto concreto en Sainz Moreno, "La inamovilidad judicial", en *Rev. de Derecho Administrativo*, 1976. Muy interesante Simón, *La independencia judicial*, Barcelona, 1984.

Respecto de la situación en la Alemania nazi *vid.*, Fenech, *La posición del juez en el nuevo Estado*, Madrid, 1941, y Prieto-Castro, "Revisión de los conceptos básicos del derecho procesal", en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950.

X. Sobre la función de la jurisdicción con carácter general, *vid.*, Montero, *Introducción al derecho procesal*, 2ª ed., Madrid, 1979 y *La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados*, ponencia a las Jornadas del Centro de Estudios Constitucionales, abril de 1985; Serra, "Jurisdicción", en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, y Alcalá-Zamora, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, I, México, 1974.

a) Teorías subjetivas: Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Civil prozessrechts*, I, Leipzig, 1903. Para las citas concretas: Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, I, Buenos Aires, 1962; Rocco, A., *La sentenza civile*, 2ª ed., Milano, Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955; Alcalá-Zamora, "Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano", en *Estudios de teoría general*, I, *cit.*; Morón, "Sobre el concepto de derecho procesal", en *Rev. de Der. Procesal*, 1962; Rane Letti, *Instituzioni di diritto pubblico*, 8ª ed., Padova, 1941; Mortara, *Manuale della procedure civile*, I, Torino, 1926.

b) Teorías objetivas: Micheli, *Curso de derecho procesal civil*, I, Buenos Aires, 1970; Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, I, Madrid, 1920; Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1976; Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano; Calamandrei, *Instituciones*, I, *cit.*; Fenech, *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1960; Allorio, tres trabajo sobre jurisdicción en *Problemas de derecho procesal*, II, Buenos Aires, 1963; Serra, "Jurisdicción", *cit.*

XI. Para la noción de pretensión y resistencia *vid.*, sobre todo Guasp, "La pretensión procesal", en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, ahora publicado como cuaderno por Civitas, Madrid, 1981; en el texto se sigue el pensamiento de este autor pero con modificaciones de importancia. Más en general Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, 88, Buenos Aires, 1955, y Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, núms. 14 y 122; Louis, "La teoría del objeto del proceso", en *Grandes problemas de derecho procesal*, Santiago, s/f; Fairen, "La acción, el derecho procesal y el derecho político", en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955, e "Ideas para una teoría general del derecho procesal", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, y "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas*, I, *cit.*; Montero, *Introducción*, *cit.*

XII. Con relación a las doctrinas de vinculación negativa y positiva de la administración a la ley, *vid.*, García de Enterría y T-R Fernández,

Curso de derecho administrativo, I, Madrid, 1980, y la cita concreta en p. 370. Últimamente ha destacado Nieto, *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, la exageración del principio de legalidad y sobre todo la deformación que ha supuesto el que, de hecho, la administración se esté convirtiendo en mera realizadora del derecho. Sobre la cosa juzgada los trabajos de Allorio citados antes.

XIII. La cita de Chiovenda, en *Instituciones de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1940, p. 11, y la de De la Oliva (con Fernández), *Lecciones de derecho procesal*, I, Barcelona, 1984, p. 20. El ejemplo de GómezOrbaneja, *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1976, p. 57. La distinción entre autotutela y heterotutela en Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1970, y Fernández, *Curso, cit.*, pp. 424 y ss.

XIV. Un avance de los requisitos sobre la autonomía del poder judicial puede verse en Montero, intervención en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal del que han sido publicadas las actas de las discusiones por Habscheid con el título de *Effektiver Rechtsschuz und verfassungsmässige Ordnung*, pp. 82-3; también en libro en preparación *Introducción al derecho jurisdiccional*.

ESTADO ACTUAL Y NUEVOS HORIZONTES DEL AMPARO EN LA ARGENTINA

(Hacia una síntesis Iberoamericana)

Augusto Mario MORELLO

SUMARIO: I. *Involución del amparo.* II. *Dificultades operativas por causas reglamentarias y de interpretación restringida.* III. *Nuevas manifestaciones que corroboran su amplia y directa funcionalidad.* IV. *Porvenir del amparo. Hacia bases uniformes para Iberoamérica.*

I. INVOLUCIÓN DEL AMPARO

Luego de la promisoria alborada que en el derecho argentino significó la recepción de la acción de amparo por parte de la Corte Suprema y como mecanismo judicial de directa eficacia a los fines de tutelar una amplia gama de libertades establecidas en la Constitución nacional, hasta entonces menesterosas de tan expeditiva protección, los lustros subsiguientes al 27 de diciembre de 1957,[1] han mostrado una lánguida opacidad que en su experiencia ha debilitado, cuando no malogrado, las expectativas alentadas al momento de su acuñamiento.

Es que con posterioridad a los casos "Siri" y "Kot", sobrevino en los ámbitos provinciales primero y en el orden nacional después un afán multiplicado de concretar en normas positivas la reglamentación del modo de usar ese instituto. Al sobrevenir en el orden nacional el dictado de la Ley 16.986 en octubre de 1966, lejos de convalidarse

[1] En esa fecha la Corte Suprema falló la causa "Siri, Angel S.", dando partida de nacimiento al instituto. (Ver *La Ley*, t. 89, p. 532, con nota de Linares Quintana. Segundo, "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad"). Posteriormente, en septiembre 5 de 1958, el Alto Tribunal juzgó el caso "Kot, Samuel (Soc. de Resp. Ltda.)", interpretando la procedencia del amparo con *amplitud* (ver *La Ley*, t. 92, p. 632, con nota del mismo jurista, "La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión"). "El periodo que se abre en 1958 y se cierra en 1966 fue asombrosamente fecundo. Centenares de fallos dibujaron en todo el país —muchas veces con maestría, otras con grandes imperfecciones— los aspectos fundamentales del amparo" (Sagüés, Néstor Pedro, *Ley de Amparo*, Astrea, 1979, p. 14).

el valiente hallazgo de la Corte Suprema, se recortó al cabo sus alas, al estratificarlo *como una acción procesal más*. Todo se previó: el nacimiento, la vida y la extinción de un instrumento utilísimo en el andamiaje del Estado de derecho; sobre todo a través de su aplicación, su inviabilidad. Voces tan calificadas como la de Carrió, al hacer el balance de las dos últimas décadas del historial institucional, a partir fundamentalmente del aludido meridiano de 1966, desnuda con envergadura esa evidencia y lamenta que la involución sucedida haya "frustrado las expectativas que hace 25 años hizo nacer la consagración judicial de la acción de amparo en el área de la protección de las libertades públicas"; para concluir expresando que: "no sería leal con mis convicciones sin destacar tan desconsoladora experiencia."[2]

No hay dudas de que una Ley de Amparo es vital para la tutela de los derechos constitucionales y, consecuentemente, para la construcción de un Estado de derecho. Claro que, si las normas son castrativas del instituto o deficientes en su regulación —como aconteció con la Ley 16.986— aflora su urgente revisión.[3]

De lo contrario, como sesudamente alertara Orgaz, mejor sería no reglamentarlo por ley, dejando fresca y lozana la insinuada arquitectura del instituto estimulada en el ropaje de la Constitución para que jueces sabios y sensibles, como ocurriera en los *leading case* 'Siri" y "Kot", le hagan valer sin más.

II. Dificultades operativas por causas reglamentarias y de interpretación restringida

El presente intento ha de circunscribirse a reproches críticos desde pocos y *específicos* aspectos *procedimentales,* bien que el enjuiciamiento de que es posible el régimen nacional se haya formulado, con autoridad, también desde los registros de fondo, subrayándose en meditaciones así parejas con las que desenvolveremos, cómo resulta absurdo en su práctica que algunos magistrados rechacen una demanda argumentando que el interesado no ha agotado la vía administrativa si tal consabida vía no es idónea, v.gr., por su lentitud —en función del derecho constitucional en juego— para tutelar al interesado y su curso, entonces,

[2] Carrió, Genaro, "La acción de amparo y otros remedios extraordinarios", *El Derecho,* Legislación Argentina, 1982, pp. 1048-1052.

[3] Sagüés, Néstor Pedro, "Reflexiones críticas sobre la ley nacional de amparo", *El Derecho,* Legislación Argentina, 1982, pp. 1053-1060; Morello "Reverdecimiento del amparo", J. A., 1984, t. III, p. 43.

puede ocasionar un daño irreparable. Un análisis teleológico nos dice que en tales supuestos lo que cabe es intentar directamente el amparo.[4]

1) Corresponde inicialmente consignar que a los abogados argentinos el amparo les significó en todo momento el poder contar con una herramienta *utilísima* de un posible y eventual manejo sencillo para revertir la obsolecencia del procedimiento judicial clásico, el fárrago de formas y el alargamiento de una actividad de conocimiento que en el ritmo y complejidad de las nuevas manifestaciones del tráfico, la mayoría de las veces desemboca en la disfuncionalidad cuando no en la injusticia de la prestación del servicio.[5]

Esta irrupción trastrocó el cansino cuadrante del normal escenario judicial. Empero, y acaso al abusarse en su manejo, buscándose sortear los tipos procesales —desde luego el ordinario y también en múltiples ocasiones el proceso de conocimiento sumario o los especiales— se lo "popularizó", desencajando su perfil "extraordinario". Aunque es de interrogación si en verdad (y respecto de garantías constitucionales líquidas y ciertas, amenazadas, restringidas o lesionadas por actos u omisiones que en forma actual e inminente, o con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta conculcan derechos y garantías explícita o implícitamente establecidos por la Constitución) tal remedio es "extraordinario", cuando más bien debería ser el *usual y normal*. Sea exacta o no esta

[4] Sagüés, *op. cit.*, p. 1056. A la autoría de este distinguido jurista rosarino, se debe una de las obras principales en la bibliografía argentina, *La Ley de Amparo*, Astrea, 1979, citada. Allí se recuerdan los diversos "tipos" de amparo en el derecho argentino: 1º La acción de amparo *general*, legislada en el orden federal por la Ley 16.986 y en las provincias por leyes que guardan sustancial analogía con aquélla; 2º El amparo contra *actos de particulares*, normado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como proceso de conocimiento *sumario* (a. 321, inciso 2º), reproducido asimismo en los diferentes códigos procesales provinciales que han seguido la metodología estructural de aquél; 3º El amparo por demora de la administración (Ley de Procedimientos Administrativos de la Nación, 1954, a. 28, modificatoria 21858; 4º El recurso de amparo por demora de la Dirección General Impositiva o de la Administración Nacional de Aduanas (Leyes 11.683, t.o. y 21.858); 5º El amparo electoral contemplado en el Código Electoral Nacional, y 6º El amparo laboral, reglamentado como instituto del fuero del trabajo en algunas instituciones y leyes provinciales. (*Op. cit.*, p. 56, núm. 18.) Las consideraciones que aquí se vierten se refieren al *amparo general*.

[5] La atención del estudioso se galvaniza en estas horas en la eficacia del Servicio de Justicia, cuya lentitud, costo y disfuncionalidad son cada día más intolerables. (Ver, Philippe, Gérard; François Ost y Michel van de Kerchove, directores), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruselas, 1983, y las ponencias y exposiciones que, en lo pertinente, se formularon en la reciente conferencia internacional, "The role of courts in society", patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad Hebrea de Jerusalem y la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York; Jerusalem, marzo 16-19 de 1986.

premisa —el carácter extraordinario, en el sentido de excepcional— se lo quiso hacer jugar un rol de *sustituto*, de comodín, en un espectro que quizás excedía notoriamente la operatividad que le es propia.

Por distintos flancos, la energía inicial fue recortada, erigiéndose empalizadas y vallas frenadoras de una expansión que se reputó indebida y autocontradictoria con su órbita específica.

2) Medió consenso en punto a la razón de ser del amparo —una de las instituciones básicas; la otra para la libertad individual es el *habeas corpus*— que se vio sucesivamente cobijada por capas de interpretación que desde la Corte Suprema reproducían y expandían en los órganos inferiores, y si bien preferenciaban su jerarquía como modo efectivo de salvaguardar los derechos humanos consagrados en la Constitución, en los hechos la deflacionaban mediante varios condicionamientos de suerte tal que, de más en más, terminó restringida.

a) Por de pronto su funcionamiento quedó embretado a la hipótesis de que no exista una vía apta a aquellos fines porque la cobertura del amparo en ningún caso importa alterar las instituciones vigentes, exceder la jurisdicción legal y constitucional de los jueces ni, desde luego, someter a la vigilancia o controlar judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos.

Con palabras que hemos leído en muchas sentencias, la razón de ser del amparo no es fiscalizar el acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente ni asumir el ejercicio racional de las atribuciones propias de la autoridad administrativa. Ninguna de esas circunstancias, por sí sola, es suficiente para motivar la intervención judicial por vía del amparo de no mediar por parte de los organismos intervinientes, *clara y manifiesta arbitrariedad*.

b) En el criterio monocorde de los órganos judiciales, aunque reconozcan en el instituto un remedio contra la arbitrariedad de los actos administrativos que puedan lesionar derechos constitucionales, por regla subordinante constituye una vía excepcional que no tiene por finalidad obviar los trámites legales aptos ni la de urgirlos.[6]

Su irrupción, repitióse, no representó alterar las instituciones vigentes ni extender la jurisdicción constitucional y legal de los jueces.

c) Al mismo tiempo y para mostrar en lo que hace a la *medida del conocimiento* que sin desbordar su cauce pueda abastecer regularmente,[7] dos presupuestos obran como horcas caudinas del éxito o progreso de

[6] CS, "Navarro, Juan C.", febrero 19 de 1985.

[7] Palacio, *Derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, 1982, t. VII, p. 137, núm. 980, caracterizándolo como de plenario abreviado.

la acción de amparo. A la prueba de una restricción claramente individualizada con circunstanciada precisión de los hechos o condiciones arbitrarias de manera que su existencia resulte verosímil y pueda evidenciarse aquélla con nitidez, se le acopla otro consistente en que la liquidez y certeza de los hechos y de la lesión emanen en el curso de un breve y circunscripto debate. Si, en cambio, la certeza moral de la arbitrariedad sólo se alcanzará mediante el cumplimiento de cargas probatorias más complejas y demandándole al juzgador un deber de conocimiento en un registro superior, la vía del amparo aparece, *ab origene*, como inatendible. La ley procesal exige que el acto de autoridad pública esté viciado de arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta* (artículo 1º, Ley 16.986), lo que asocia inmediatamente que la existencia y verosimilitud de la restricción, menoscabo o lesión, así como los derechos afectados emanen con nitidez; esto es, con pocas palabras, pocas afirmaciones, pocos hechos y reducidísimas pruebas, o sea en el curso de un breve debate.[8]

d) La complicación mayor para el profesional en el intento de proponer la acción de amparo, ha estado dada en la concurrencia de un remedio legal distinto para la protección de los derechos que se dicen lesionados, el cual, por vía de principio, excluye la admisibilidad de aquél. Sobremanera, aflora ese escollo cuando se ha planteado un recurso en sede administrativa que se encuentra pendiente de decisión. Esta circunstancia ha sido reputada suficiente para, sin más, declarar la improcedencia del amparo "toda vez que éste no puede ser utilizado para sustraer la cuestión debatida al conocimiento de la autoridad que interviene o recurso del propio interesado".[9]

Va dicho, entonces, que si existen recursos o remedios judiciales o administrativos —de cualquier naturaleza— que permitan obtener la protección o hacer efectiva la garantía constitucional de que se trate,

[8] CNFed., Cont. Adm., Sala II, septiembre 21 de 1982, "Cambios Teletour, S.A., c/Banco Central de la República Argentina", E.D., t. 103, p. 311. Expresado de otro modo, si la arbitrariedad o ilegalidad deben ser manifiestas, la determinación de la eventual invalidez del acto no puede requerir una amplitud mayor de debate o de prueba (aa. 1º y 2º, inciso "b", ley *cit.*; CS, "Salvat Editores Argentinos, S.A.", abril 14 de 1983, *La Ley*, 1983-C, p. 307.

[9] CS, "Hughes Tool Company, S.A. c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Economía)", marzo 7 de 1985. Categóricamente el Alto Tribunal Federal puntualiza que 'la sola circunstancia' de que se haya planteado un recurso en sede administrativa todavía no definido, es suficiente para desestimar la acción de amparo (CS, "Sarli, Ricardo c/ Gobierno Nacional", marzo 19 de 1981). Sin obtenerse una respuesta, v.g. al recurso federal anteriormente deducido, no cabe alterar tal situación con la promoción de esta acción.

no habrá camino para el amparo. No es función de éste sustituir los medios normalmente instituidos para la decisión de las controversias jurídicas.

e) Sin embargo, y sobre este mismo punto, no ha podido menos que acogerse a excepciones cuando la pretendida regla de exclusión mostraba que aquellas posibilidades sólo eran *aparentes* y que en verdad su desemboque era la frustración de tutela efectiva.

Por de pronto, si la duración estimada de un proceso (aún rotulada de "normal") equivaliere en los hechos a producir una verdadera denegación de justicia, resultaría al cabo desvirtuada la garantía de la defensa en juicio.

Tampoco puede prevalecer aquel excesivo ritualismo sobre la verdad sustancial [10] si el reclamo recibiera acogimiento en un tiempo no propio [11] o *irrazonable*, incompatible con la garantía destinada a tutelarlo.[12]

Con elocuencia se destacó sobre este particular que no cabe una

[10] Bertolino, Pedro J., *El exceso ritual manifiesto*, Editora Platense, 1979; Morello, "El exceso ritual en los fallos de la Corte Suprema en su actual integración", J.A., 1984, t. III, p. 304.

[11] Ver dictamen del procurador general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Mario Justo López, *in re.*, "Blengio, Aroldo c/ Ministerio de Educación y Cultura de la Provincia de Buenos Aires", Fallos: 303: 811. (El dictamen en pp. 813-815).

[12] El rol del amparo debe verse en el contexto sociológico de nuestros días en donde la exigencia de una Justicia eficaz es realmente incontenible (véase nota 5, *supra*, y Morello-Berizonce-Hitters-Nogueira, *La justicia entre dos épocas*, Editora Platense, 1983). Porfiadamente se tiende a que todo sea menos largo, menos costoso, menos complicado y es de señalar la nueva filosofía que inspira la actividad de la Sala I del Tribunal Supremo Español, expuesta por su miembro, el profesor José Beltrán de Heredia, "Lo importante no es cumplir con un formalismo, sino hacer justicia llegando al fondo de los problemas", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, edición del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, vol. II, 1985, p. 337. Cercanamente —y entre otros pronunciamientos que marcan esta *tendencia*— cuenta un pronunciamiento de la Corte Suprema que, al acoger el recurso extraordinario e invalidar un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro (Pcia. de Bs. As.), estimó que no correspondía dejar la sentencia sin efecto en su totalidad habida cuenta que da la existencia además, de la causal de vencimiento del plazo contractual, de manera que la *litis* debía atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellos fueren sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (fallos: 298: 33; 301: 947). De lo contrario —agregó— se llegará a un dispendio antieconómico de la actividad jurisdiccional, ya que debería fallarse nuevamente una causa que lleva más de cuatro años de trámite y en el cual el plazo de la locación, a la fecha, esté vencido. Ello es así en resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio, pues ésta también supone *la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes.* (Doctrina de fallos: 246: 192; 265: 94; 292: 392 y 395; 300: 152) (CS causa M. 566, "Marochi, Osvaldo", octubre 24 de 1985, por mayoría.)

apreciación meramente ritual para excluir el amparo en razón de existir recursos administrativos, de factible utilización, toda vez que el Instituto tiene por objeto una *efectiva protección de derechos*, más que una ordenación o resguardo de competencia y tal protección debe ser más propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar.[13]

Y en este rescate de la acción de amparo se ha subrayado que, si bien la misma no está destinada a reemplazar los medios ordinarios instituidos para la solución de las controversias, su exclusión por la existencia de otros procedimientos administrativos no puede descansar en una apreciación meramente ritual porque ésta es la luz que debe iluminar su campo de acción.[14]

Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían *a priori* idóneos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable.[15]

Ello requerirá, obviamente, un examen no de sesgo conjetural, pero sí, al menos, de *perspectiva razonablemente cierta*, que como en el caso de las medidas cautelares o respecto al juicio de admisibilidad sobre la procedencia formal de los recursos, dé sustento suficiente al resultado de los trámites que eventualmente correspondía utilizar. De ese examen *fundado* se deriva que si aunque pudieran considerarse 'abstractamente" más convenientes y expeditivos, en su operatividad específica no alcanzarían, sin embargo, al resultado que sólo puede brindar el amparo. Tal circunstancial verificación permitirá colegir si en la especie la existencia de otras vías paralelas o la utilización previa o simultánea de diversos procedimientos disponibles, justifica la remisión a los mismos o, palmariamente, traducen vías legales inidóneas toda vez que la remisión a ellas causaría un agravio serio e irreparable al interesado de conformidad con las singulares situaciones en juzgamiento.

Expresado de otro modo, si los procedimientos ordinarios o especiales administrativos o judiciales reputados en abstracto adecuados para

[13] En el caso se trataba de la privación del ciclo primario obligatorio y el dictamen del procurador general, doctor Mario Justo López, al que se remite la Corte, fija la buena doctrina que queda consignada (CS, *in re*, "Blengio, Aroldo", citada, fallos: 303: 811).

[14] Véase CS, "Moreno, José y otros c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", *La Ley*, 1983-A-1, p. 64.

[15] Véase en tal sentido, CNFed., Cont. Adm., Sala I, "Errecart, Eugenio R. c/ Administración Nacional de Aduanas", marzo 31 de 1982, E.D., t. 99, p. 299.

resguardar el derecho de que se trata, comportaran una remisión del todo ritual o infecunda, habrá que privilegiar la procedencia del amparo teniéndose por satisfecho el requisito de la inexistencia de los restantes carriles utilizables, porque de lo contrario ocasionaría un daño grave e irreparable.

Bien se ve, entonces, que las características de cada caso obligan a un afinamiento evaluativo en punto a la existencia o no de vías computables y la exigencia o no de una mayor amplitud de debate que excedería el marco formal de aquél.

f) Desde luego que si la cuestión aparece como opinable, menesterosa de un profundo o más detenido estudio de los hechos, a través de un debate o tarea probatoria mayores, y si en el examen de comparación de las vías ordinarias con el amparo resulta al cabo efectivamente decisivo que la solución del conflicto tal como la adecuada prestación de la garantía jurisdiccional de la defensa en juicio, así son debidas, se determinará si aquellas circunstancias constituyen o no óbice suficiente al progreso de la vía sumarísima del amparo.

g) Las reflexiones que anteceden en uno de los flancos que ofrece la involución del amparo experimentada en el derecho argentino auspicia una interpretación diametralmente distinta del a. 2º, inciso *a)*, de la Ley 16.986, que deje de ser restrictiva para dar una más flexible funcionalidad a una acción de tan relevante rol institucional para la protección de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en la Constitución nacional.

Los matices que quedan insinuados, encasillados en el vértice procesal, nos parece que se corresponden con la esencia de la figura bajo examen. Al rotulársele de un mecanismo excepcional, extraordinario y residual, se lo ha divorciado, sin razón atendible, de su raigambre constitucional para desplazársele a representar una de las tantas acciones procesales como las disciplinadas en los códigos o en leyes independientes. La política correcta parece ser distinta, en tanto obliga a que el *habeas corpus* y el amparo se instalen en un nivel por encima de aquéllos, alojándose como tutela efectiva de los derechos esenciales de la persona, entre las instituciones básicas que se autoabastecen de propia suficiencia y sin pliegues y repliegues de nuevos desarrollos legales.

III. Nuevas manifestaciones que corroboran su amplia y directa funcionalidad

En el propósito que lleva la empresa de reverdecer los lauros del am-

paro, no será ocioso resaltar inéditas manifestaciones que refuerzan de manera muy significativa un remedio tan caro en el proceso de consolidación del Estado de derecho al coadyuvar a la efectividad de las libertades, formales y reales.[16]

1. *El amparo institucional*

Consecuencia del desface notorio por aguamiento del poder representativo de los sueldos a raíz de la aguda inflación sufrida en Argentina durante la última década, algunos magistrados, al cobijo de lo que la Constitución prescribe en el a. 96: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y *que no podrá ser disminuida en manera alguna* mientras permanezcan en sus funciones", dedujeron acción de amparo que fue acogida en las instancias de grado y finalmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[17]

En esa reciente causa el Alto Tribunal Federal, integrado por conjueces, prefirió una acción directa y sumarísima de amparo sin descartar, sin embargo, las previsiones contenidas en el ordenamiento procesal de la Ley 16.986. Importa retener los considerandos pertinentes que permitieron abrir el instituto en una omnicomprensión similar a la que se da con el amparo mexicano,[18] para preservar la intangibilidad de las retribuciones de los magistrados judiciales y con ello la garantía de su independencia.

El Tribunal puntualizó en uno de sus fundamentos que:

> No se trata de ponderar si al margen del amparo intentado existen otros cauces aptos para remediar perjuicios puramente económicos, porque lo que en autos se debate no es una mera reducción salarial que agravie derechos de los particulares que la soportan, sino una disminución del valor de los haberes judiciales que, con marcada gravedad institucional y evidente interés público, afecta al Poder Judicial en la persona de los jueces demandantes. (Consid. 4º).

[16] Aron, Raymond, *Ensayo sobre las libertades* (traducción de Ricardo Ciudad Andreu), 3a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1974, pp. 71 y ss.

[17] CS, "Bonorino Paró, Abel y otros c/ Estado Nacional", noviembre 15 de 1985.

[18] Véase Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo,* México, Ed. Porrúa, pp. 50 y ss. Sobre las diversas funciones desarrolladas por el juicio de amparo en materia administrativa, Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano,* México, Ed. Colegio Nacional, 1983, pp. 111 y ss.

Y continuó diciendo que:

> La garantía del a. 96 atiende al funcionamiento independiente de ese Poder, lo que lleva a concluir que la intangibilidad de las remuneraciones que dicho precepto consagra está comprendida entre las condiciones de la administración de justicia exigible a las provincias a los fines contemplados en el a. 5º de la Ley Fundamental. (Consid. 7º).

En seguida, el Tribunal se hizo cargo del agravio referente a la marginación de la Ley 16.986 —reglamentaria como hemos destacado de la acción de amparo en el orden nacional—, para lo cual hizo hincapié en dos líneas argumentales: 1º que dicha acción de amparo, como lo había puesto de relieve la propia Corte Suprema en los precedentes de fallos: 239, p. 459 y 241, p. 291, *encuentra directo y suficiente fundamento* en la garantía de la defensa en juicio de la persona y de los derechos que consagra el a. 18 de la Constitución. Por consiguiente, la cuestión fundamental estriba —como lo observa la Cámara de Apelación en su razonado fallo— en que se halla en juego la propia independencia del Poder Judicial, y 2º que, sin perjuicio de reafirmar los perjuicios puntualizados, no cabrá dejar de lado las disposiciones establecidas por las varias veces citada Ley 16.986, en tanto no estaba demostrado en el caso, que éstas contradigan en sustancia las exigencias de base constitucional en punto a la acción de amparo. Desde esa perspectiva se destacó que:

> El derecho constitucional al disponer de tal medio (la acción de amparo) para la adecuada defensa de cada habitante del país, no diluye su razonable reglamentación por parte del legislador, observándose, que en las circunstancias de la presente causa, las previsiones de la ley estaba tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal, no importan óbice alguno a la plana y eficaz garantía que al justiciable (los jueces afectados) reclama. (Consid. 9º.)

Al cabo pudo reafirmar, dentro del replanteo funcional que se advierte, que:

> La acción de amparo, en el presente caso, tampoco ha reducido las posibilidades de defensa de la demandada en cuanto a la amplitud de discusión y prueba referente a las cuestiones planteadas y decididas. Por tanto el marco técnico fundamental del

> procedimiento de amparo *se ha mostrado idóneo* para que, con observancia plena de la defensa en juicio se dilucidaran las pretensiones que en el caso debían ser *objeto de urgente tutela para evitar su frustración*. Como el Tribunal lo subrayó con particular énfasis en los ya secundados precedentes de Fallos: 239, p. 459 ("Siri") y 241, p. 291 ("Kot") es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordene ni torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales. (Consid. 10º.) [19]

Con beneplácito por la solución que pregonan los fallos recaídos en esa causa, se ha ponderado como acierto doctrinario la creación de una nueva modalidad del instituto referido, al que:

> Puede llamársele *amparo institucional*, ya que está destinado a solucionar los casos en los que se lleven a los estrados judiciales los conflictos relativos a las instituciones argentinas y no a sus integrantes a título particular. En realidad, se agregó en ese comentario, este tipo de amparo no es novedad absoluta, aún cuando por lo general pasó inadvertido pues —casi siempre vinculado con problemas ocurridos a los jueces— se advierte o está esbozado, inclusive con participación originaria de la Corte Suprema, en diversos casos en que los magistrados fueron destituidos, trasladados o reemplazados en el ejercicio de sus funciones.[20]

2. *El amparo colectivo*

En la apertura funcional que estamos explicitando deben destacarse igualmente como beneficiosas las posibilidades de que, a través del amparo, se acuerde tutela a los denominados *intereses* o *derechos difusos, fraccionados* o *colectivos*. Asimismo a violaciones masivas de aquellos bienes que constituyen el habitat en que se desenvuelve la vida y

[19] Véase, Orgaz, Alfredo, *La acción de amparo*, Buenos Aires, 1961, pp. 19, 30 y 39.

[20] Rivas, Adolfo Armando, "Hacia un replanteo del amparo como instituto de defensa de los derechos y de las instituciones", *Doctrina Judicial*, año II, núm. 9, febrero 12 de 1986, pp. 257-261. Véase del mismo inteligente autor: "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", L.L. 1984-B-931.

Una interpretación flexible y teleológica, de las normas de la Ley 16.986 al mismo tiempo que volverá a repotenciarlo lo aproxima a la viabilidad que el instituto histórica y pragmáticamente tiene ganada en México.

Acaso sea impostergable repensar frente a la declinación verificada de la institución que analizamos, que una *inflación de reglas secundarias, reglamentarias*, de los mandatos constitucionales, lejos de reforzar su finalidad en concreto, termina por concurrir a la "disolución progresiva de aquéllas". (Véase OST, *op. cit.*, pp. 23-25.)

que atrapa hoy el interés y la preocupación del jurista —nos referimos, desde luego, a aquello que altera o menoscaba el equilibrio ecológico, los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos, y los derechos del consumidor; en fin, los que responden en forma idéntica o necesidades comunes de grupos humanos y que requieren pronta y eficaz protección.

Como en los años recientes ha acontecido en Europa, y actualmente se verifica por conducto de las "acciones de clase" en EU de América, estamos obligados a asumir el derecho de *consagrar un sistema uniforme y orgánico de su tutela*, homogeneizando los regímenes similares en uso en Iberoamérica: nos referimos al amparo mexicano, al amparo español, al amparo argentino, a la acción popular y el mandato de segurança de Brasil y a la acción de protección chilena.[21]

Es que el amparo se brinda como la solución estimativamente más valiosa —y factible— para sentar tales bases uniformes, conectadas con la realidad social e histórica de cada uno de nuestros países, y con las necesidades y conflictos que requieren igual tipo de tutela, afín a la tendencia que en el derecho comparado demanda condiciones para poder consagrar el reconocimiento positivo de la adecuada defensa de los derechos fundamentales de la persona o grupos o categorías de ellas. Todo está dado para que en Iberoamérica, con las salvedades de adaptabilidad a las características particulares de países o regiones, se arribe a la síntesis compartida de un *sistema marco* que no tiene por qué mostrar en sus líneas rectoras diferencias sustanciales.

Nos parece que ésta es una de las iniciativas que debemos empeñarnos en motorizar prioritariamente, avanzando por este carril —necesario y factible— en el acercamiento insoslayable de nuestras sociedades.

Consolidar a esos fines los criterios de política jurídica en torno del amparo, con matices que no llegan a constituir diferencias insorteables, es una tarea que está al alcance de nuestras manos.

IV. Porvenir del amparo. Hacia bases uniformes para Iberoamérica

Diversificamos las conclusiones en un doble orden de consideraciones:

1º Las reflexiones críticas están referidas al actual régimen jurídico

[21] Nos remitimos a nuestro trabajo, "El amparo colectivo. Una nueva dimensión de carácter social para la defensa de la persona" y los demás aportes reunidos en Morello-Stiglitz, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Editora Platense, 1986, pp. 135-250.

del amparo en Argentina frente a las consecuencias negativas que a su apogeo y esplendor se siguiera tanto por su debilitante reglamentarismo procesal cuanto por su estrecha y agarrotante interpretación jurisprudencial.

Un insinuado aunque tenue replanteo en pro de su reverdecimiento, parece aflorar en los últimos años. La consolidación del actual Estado de Derecho, grávido en consecuencias favorables para el aseguramiento efectivo de las libertades, nos hace ganar esperanzas en que el amparo ha de ascender nuevamente a una posición de privilegio en lo que concierne a su rol funcional, receptibilidad e inigualable mecanismo para la eficacia de la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales.

Queda expresado, entonces, que en Argentina irrumpe hoy el porfiado empeño de revertir la "desconsoladora experiencia" que apuntara Carrió. Reveer su entramado legal "en procura de una normatividad que no retacee el amparo a fin de que lo torne eficazmente operativo —con la agilidad que imprescindiblemente debe caracterizarlo— y que, al mismo tiempo, lo encauce dentro de pautas razonables, atendiendo las distintas áreas sobre las que puede proyectarse".[22]

2º El segundo haz de reflexiones se monta en una visión iberoamericana de la fundamental gravitación probada que en la práctica de la tutela de los derechos y libertades constitucionales tiene la acción de amparo. Cualesquiera sean las denominaciones o las diferencias secundarias en ningún supuesto llegan a apartarse de su órbita técnico-funcional.

El clima y estado espiritual de nuestras naciones, según mi convicción, optimiza la generosa idea compartida de sentar bases uniformes para regular esta fundamental herramienta del Estado de derecho. Sea esta sugerencia un cálido homenaje al ilustre profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, a quien con justicia rendimos en este homenaje, nuestro respeto intelectual y consideración a su calidad humana.

[22] Sagués, *op. cit.*, p. 1060.

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE PRACTICE IN THE FEDERAL DISTRICT OF MEXICO

Oliver OLDMAN *

In cases involving federal government taxes, either federal authorities or the taxpayer may appeal Fiscal Court decisions directly to the Supreme Court of Mexico. In cases involving the taxes of the Federal District of Mexico (hereafter the DDF) it used to be that only the Treasury of the DDF could take such direct appeals.[1] Taxpayers, however, could appeal adverse Fiscal Court decisions on DDF taxes through amparo suits brought in the local Federal Court, while the Treasury, as a government agency, lacks standing to seek amparo relief.[2] Although the amparo route to relief is more time-consuming, the appellant may raise constitutional as well as legal issues upon review.[3]

* This short paper is a slight revision of a part of a book published in 1967: Oldman, Aaron, Bird and Kass, *Financing Urban Development in Mexico City* (Cambridge, USA: Harvard University Press), pp. 43-47. This part was originally written after consultations with and advice from my distinguished colleague and friend, Professor Héctor Fix-Zamudio. I had hoped that student research assistants here at Harvard Law School would enable me to bring these pages up to date and permit reflection anew. Unfortunately the students failed to deliver their assistance before the deadline for submission to the organizers of this homenaje. My apologies are theretore due for not presenting new thoughts to honor this great man.

[1] Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, 3er. ed. México, Librería de Manuel Porrúa, 1965, pp. 1141-43. Decree of Dec. 29, 1965.

[2] *Idem.*, pp. 1140-41. An amparo suit is brought in Federal Court by an individual seeking redress for the impairment of his fundamental human rights, or individual guarantees, as established by the twenty-nine Articles of the Mexican Constitution. The subject of the complaint may be a law or legislative act, the act of a government official or agency, or the act of a judge or court, in civil, penal, labor, or administrative, including fiscal, matters. In certain cases, interested third parties may intervene to oppose the complaint. The redress granted affects only the individual complainant in the suit at hand; it does not in any way modify the law or act complained of. See generally; Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Editorial Porrúa, 1964. For a description of amparo, in English, see Edelmann, Alexander T., *Latin American Government and Politics*, Homewood, Ill., The Dorsey Press, 1965, pp. 467-69.

[3] Serra Rojas, *Derecho administrativo*, p. 1143. For a probing analysis of the

Apparently some doubt has existed whether or not the Fiscal Court is bound by the Supreme Court's jurisprudencia.[4] Jurisprudence is established in Mexico by five consecutive Supreme Court decisions holding the same way on the same question of law.[5] Individual decisions, while dispositive of the particular cases in which they are rendered, suggest the direction of judicial thinking but have no binding effect on future controversies. Generally speaking, even Supreme Court jurisprudence is binding only on the federal and state courts specified in the Amparo Law, not on the executive branch as a primary legal obligation.[6] This conclusion has provided a basis for the view that the Fiscal Court, as an administrative tribunal, is not directly affected by federal jurisprudence. However, the Supreme Court has held at least once that the Fiscal Court is bound by the law as interpreted in the Supreme Court's jurisprudence.[7]

As indicated elsewhere,[8] Supreme Court decisions have significantly influenced the DDF's tax administration. In other areas of urban development, it appears that judicial review has been of little importance in reforming administrative practices. Several lawyers and land use planners have suggested that amparo proceedings serve merely to delay major municipal projects. It is said that a property owner whose land is condemned is able to delay a municiap project for several years through an amparo suit challenging both the compensation award and the legality of the project itself. Administrative officials, frustrated by such delays, are said to withhold information on public projects in order to avoid amparo suits by dissatisfied residents.

difficulties raised by these different appeal procedures, see Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 24:999-1006 (1964).

[4] Serra Rojas, *Derecho administrativo*, p. 1136, citing a Fiscal Court opinion to the effect that such jurisprudence is not binding on the Court.

[5] Amparo Law (Ley de Amparo), Arts. 193, 193 bis, D.O., Jan. 10, 1936; Organic Articles 103 and 107 of the Federal Constitution (Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal), D.O., Jan. 10, 1936. See discussion in Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 5th ed., México, Editorial Porrúa, 1962, pp. 730-37.

[6] Interview with Lic. Héctor Fix-Zamudio, July, 1965.

[7] Amparo Administrativo en Revisión 2404/49, "Escocia, S.A.," Decided Oct. 20, 1949, *Sem. Jud.* 102:540 (1950). For Fiscal Court acknowledgement of the binding quality of Suprema Court jurisprudence, see Juicios Nos. 725/57 (Pleno), Decided Jan. 8, 1964, and 4691/55 (Pleno), Decided Jan 15, 1964 (Tribunal Fiscal de la Federación).

[8] Oldman, *et al*, *Financing Urban Development in Mexico City*, Chapters 2 and 3.

Such reports do suggest the need to reexamine amparo procedures in the urban development field. The mere allegation of insufficient compensation would not seem to justify a court's enjoining the project itself pending a decision on the compensation issue. Where the legality of the entire undertaking is challenged, it would seem appropriate to develop a summary procedure designed to check administrative compliance with required procedural formalities prior to the implementation of municipal programs. In most cases, compliance with appropriate procedural safeguards should be adequate assurance that the project is within the agency's authority. Where the existence of a valid governmental purpose for the project is challenged, a court might find that open consideration of the agency's plans provides sufficient protection to municipal residents to deny an injunction restraining the project's continuance.[9]

Another problem associated with amparo suits in the urban development field is the absence of an administrative tribunal like the Fiscal Court to translate Supreme Court jurisprudence into primary obligations for administrative officials. One view holds that constitutional jurisprudence is binding on administrative officials; this view seems not yet to be shared by the executive branch. For example, the DDF's zoning regulation provides that the crucial factor in limiting "nonconforming" uses in the District's "urban area" is whether or not they produce a molestia, defined as a nuisance to neighbors caused by noise, vibration, smoke, dirt, smell, etc.[10] Although the Public Works office, through its Plano Regulador Branch, adheres to this nuisance standard in investigating neighborhood complaints, Plano Regulador, which also certifies that proposed uses conform with the plan before the Public Works Office issues building permits, applies quite different standards in deciding whether or not to approve a proposed land use in the first place. Interviews with zoning administrators indicate that Plano Regulador considers not only whether or not a proposed use will inconvenience the community at large but also whether or not the use is eco-

[9] In Bogotá, Colombia, some safeguards are provided by entitling property owners to appoint an architect or engineer (paid from assessed taxes) to represent them when municipal authorities budget for public works, apportion taxes, and expend the funds. Harvard Law School International Tax Program, World Tax Series, Taxation in Colombia, prepared by G.J. Eder, J.C. Chommie, and H.J. Becerra (Chicago: Commerce Clearing House, 1964), p. 135.

[10] Zoning Regulations (Reglamento de las Fracciones I, V y VII, del Artículo 3 de la Ley de Planificación y Zonificación del Distrito Federal), Arts. 6, 7, 16, D.O., Feb. 4, 1941.

nomically justified. Thus an application to locate a supermarket in a residential area will be evaluated in terms of Plano Regulador's estimate of the region's need for another market. Since both the zoning plan and Plano Regulador's administrative standars remain unpublished, permissible land uses are determined by ad hoc decisions based largely on "administrative discretion."[11] The DDF's planning authority[12] might provide the basis for an argument that the Public Works Office may control land uses without reference to the zoning plan adopted by the Planning Commission.

Whether Plano Regulador operates under the nuisance test of the regulations or asserts an independent zoning authority, the exercise of administrative discretion on such an ad hoc basis would appear vulnerable to amparo review as a violation of Articles 14 and 16 of the Constitution. Article 103 of the Mexican Constitution and Article 1 of the Amparo Law provide that amparo protects only those "individual guarantees" specifically enumerated in the first twenty-nine articles of the Constitution. The effort to broaden the amparo into a general writ for controlling nearly all government abuses of power has focused primarily on Articles 14 and 16 of the Constitution.

Article 14 provides, in part: "No law shall be given retroactive effect to the prejudice of any person. No one shall be deprived of life, liberty, property, possessions or rights, except by a trial held before previously established courts, in conformance with laws issued prior to the fact, and in compliance with the essential requisites of procedures... In trials of a civil nature, the final judgement shall be in conformance with the letter, or the judicial interpretation, of the law, and in the absence of the latter, it shal be based on general principles of the law." Article 16 provides, in part: "No one shall be molested in his person, family, home, papers, or possessions except on written order of the competent authority establishing the legal cause of the proceeding."

Article 14, paragraph 4, permits review of civil, mercantile, and administrative decisions, which allegedly conflict with relevant statutes.[13] The constitutionality of such statutes, regardless of their reference to any particular individual guarantee, has also been thought subject to attack on the basis of Article 14, paragraph 2. Article 16 has been seen as providing even broader protection of constitutional limitations without reference to particular individual guarantees. The

[11] Interviews with Plano Regulador officials, Feb. 1965.
[12] Oldman, *et al, Financing Urban Development in Mexico City*, Chapter 5.
[13] See Burgoa, *El juicio de amparo, cit.*, pp. 226-34.

phrase "competent authority" opens the way for judicial review on the basis of the entire constitution, of an official's power to undertake a given action. Moreover, it has been argued that Article 16's reference to the "legal cause" of an official proceeding justifies judicial scrutiny of both the statutory authorization for an action and applicability of the statute or regulation to the case at hand. Thus an agency must state both its standard and its reason for applying that standard to the complainant's case.[14]

The Supreme Court has reportedly overturned Plano Regulador's refusals to approve proposed uses for reasons other than the probability of nuisance. However, zoning officials insist that they do not consider the possibility of judicial review in reaching zoning decisions, for they assert that such decisions are rarely challenged in court.[15]

Because amparo suits have not always assured fair and consistent administrative practices, several commentators have proposed the creation of a general administrative tribunal in México.[16] For some years the movement toward such an institution took the form of proposals to broaden the Fiscal Court's jurisdiction. It appears that amendments (Decree of Dec. 29, 1965) which grant the Fiscal Court jurisdiction over federal and DDF tax controversies and over fines arising out of violation of any federal or DDF law, not merely federal tax laws, would serve to overcome many of the difficulties encountered in the past with amparo suits. One aspect of the proposed reform requiring attention is the effect of an expanded jurisdiction on the Fiscal Court's operating procedures. Should the entire Court, or merely one or two specialized panels, be charged with reviewing, for example, the DDF's zoning or subdivision determinations? This and other questions need to be decided after further study of the practical implications.

[14] Burgoa, *Las garantías individuales*, 3rd ed., México, Editorial Porrúa, 1961, pp. 441-42.

[15] Interviews with Plano Regulador officials, Feb. 1965.

[16] See, e.g., Nava Negrete, Alfonso, *Derecho procesal administrativo*, México, Universidad Autónoma de México, 1958, pp. 302-03; Heduán Virués, Dolores, *Tribunal fiscal*, pp. 317-19; Serra Rojas, *Derecho administrativo*, p. 1116.

ESPÍRITU Y PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA *

Eduardo ORTIZ ORTIZ

SUMARIO: I. *La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia.* II. *El contencioso-administrativo francés.* III. *La herencia francesa en España y Latinoamérica.* IV. *El* giudizio di ottemperanza. V. *La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa.*

I. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL CONTENCIOSO ANULATORIO Y CONSTITUTIVO HEREDADO DE FRANCIA

La justicia administrativa se rige hoy en Costa Rica por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA), No. 3667, de 12 de marzo de 1966, versión costarricense de la correspondiente ley española del mismo nombre, de 27 de diciembre de 1956.[1] Ello significa que heredamos los principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés, previa reforma constitucional que hiciera posible su recepción en nuestro ordenamiento.[2] Dispone hoy el artículo 49 de nuestra Constitución Política (C. Pol.) de 7 de noviembre de 1949:

* Esta es la presentación y explicación inédita de las ponencias del autor en el seno de la Comisión de Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica. Vaya dedicada al gran jurista Héctor Fix-Zamudio, maestro del Derecho Público mexicano.

[1] Retana Sandi, Gonzalo, "La Jurisdicción Contencioso-administrativa en C. R. y su reforma", *Revista del Colegio de Abogados,* San José, núm. 12, Imprenta Lehmann, 1966, pp. 254 y ss.; la vinculación de nuestra Ley Reguladora con la española se comprueba comparando el sistema y el texto de ambas: aquélla es casi reproducción de ésta.

[2] Disponía el artículo 49, C. Pol., en su versión original:

> Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, con función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.

> Art. 49. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.
> La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.
> La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

Para desarrollar tal creación constitucional dispone el apartado 1º del artículo 1º de la Ley No. 3667:

> Art. 1. Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo...

Hay una clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en punto al objeto de la misma jurisdicción: el artículo 49 garantiza "la legalidad de la función administrativa", en tanto que el artículo 1.1 limita aquella jurisdicción a conocer de la "legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo".

En efecto, la función administrativa es cosa distinta de los actos y disposiciones de la administración, por ser más comprensiva. La fun-

Esta versión contenía tres restricciones fundamentales al ámbito de la jurisdicción contenciosa que, como se verá por comparación con el actual artículo 49 más abajo transcrito, han desaparecido con la reforma constitucional del mismo, a saber:

i. Se limitaba a los "derechos administrativos" las situaciones jurídico-subjetivas objeto de tutela por la jurisdicción contenciosa, sin que jamás se produjera jurisprudencia que definiera claramente el alcance del giro en cuestión. Por lo pronto, quedaban excluidos de tutela los derechos no administrativos, que sólo pueden ser los nacidos de ramos del derecho privado, precisamente los más sagrados en las relaciones con la administración;

ii. Se excluía el control sobre la discrecionalidad administrativa, pues aquél se restringía al "uso de facultades regladas", restricción ésta capital que reducía a nada la jurisdicción contenciosa;

iii. Se excluía del control contencioso la conducta de la administración no consistente en disposiciones de la administración pública, con lo que se dejaba fuera las actividades, los servicios públicos y hasta los actos concretos, por definición distintos de las "disposiciones", que se entienden normalmente como normas administrativas.

Las dos primeras limitaciones se aplicaron siempre estrictamente, pero no la última, pues siempre se entendió que el artículo 49 permitía controlar también actos concretos y más bien fue infrecuente —aunque posible— la anulación de reglamentos.

ción administrativa abarca también comportamientos materiales y servicios públicos (prestaciones administrativas) y, en relación con los actos y disposiciones, la actividad previa y necesaria para su emisión, no sólo la incorporada al procedimiento administrativo sino, sobre todo, la génesis del acto mismo, en cuanto proceso de elaboración de su contenido.[3]

La actividad lógica y estimativa por la que se identifican y jerarquizan los intereses nacidos de los hechos de cada caso, que desemboca en la formulación de una regla administrativa individual para éste, consagrando la primacía del interés contemplado por la norma aplicable (la que atribuye la potestad discrecional y le asigna un fin público),[4] ha sido llamada la "función" administrativa, por contraposición al acto.[5] Con tal sentido especial y, sobre todo, como actividad intelectual y volitiva necesaria para la adopción y externación del acto administrativo, la función suele tenerse en Costa Rica —doctrinal y jurisprudencialmente— como parte del mismo, no obstante la posibilidad de tal fino distingo. Pero quedan indiscutiblemente fuera de los actos y disposiciones de la administración todas sus demás formas de conducta para el logro de sus fines públicos, antes enumeradas, y, naturalmente, el silencio administrativo, aun el que puede tenerse legalmente como denegación presunta de lo pedido (por la expiración de un lapso legal de dos meses sin respuesta expresa y notificada de la administración), pues de éste puede discutirse, incluso, si es verdaderamente tal y auténtico ejercicio de la función administrativa, lo que no parece.[6]

Al aceptar su impugnabilidad —como lo hace—, la LRJCA está si no contradiciendo, ampliando el estrecho ámbito de control jurisdiccional contencioso señalado por su artículo 1.1. La falla constitucional apuntada no es un acto de empirismo o de ignorancia del legislador, sino, todo lo contrario, es el testimonio de una larga tradición cultural en la materia; es obra del derecho francés, quizá exagerada en su más

[3] Levi, Franco, *L'Attivita Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, pp. 210 y ss., esp. 217 a 220.

[4] Severo Ciannini, Massimo, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffre, Milano, pp. 75-81.

[5] Benvenutti, Feliciano, *Ecceso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione, Rassegna di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffre, 1950, pp. 22-30.

[6] Véanse a este respecto los precedentes jurisprudenciales de la antigua Corte Federal de Venezuela a favor de la exclusión de la jurisdicción contenciosa en contra de hechos y comportamientos, así como en contra del silencio administrativo, citados por Allan Randall Brewer Carias, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Universidad Central de Caracas, 1964, pp. 400-403.

cercana fuente para Costa Rica, que es el derecho español, matriz de nuestra LRJCA.

En efecto, en Costa Rica —como en España— se exige la constitución previa de un acto impugnable para ingresar a la jurisdicción contenciosa, mediante el llamado "agotamiento de la vía administrativa" o "vía previa" (por el uso oprtuno de los recursos administrativos disponibles), y no sólo en acciones de resarcimiento sino también en acciones de anulación, y aquí en Costa Rica tanto en asuntos de derecho público como de derecho privado de la administración (dada la total unificación de jurisdicciones de o contra la administración en Costa Rica).

En Francia, el requisito es exigible únicamente en el contencioso de derechos, subjetivo o de plena jurisdicción, no en el de legalidad o anulación (donde es de cumplimiento potestativo),[7] y exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa formal (encuadrada orgánicamente en el Poder Ejecutivo o administración pública francesa), y no en los procesos de derecho privado contra la administración o, en general, propios del juez judicial.[8] Importa detenerse brevemente en el sistema francés, cuyos rasgos esenciales hemos heredado.

II. El contencioso-administrativo francés

En Francia —como bien se sabe— la partición fundamental de la justicia de o contra la administración es la que da entre sus asuntos de derecho público y los de derecho privado: los primeros pertenecen al contencioso-administrativo propiamente dicho, a cargo de un sistema de jueces que hacen cúspide en el Conseil d'Etat y —como se apuntó— orgánicamente encuadrado dentro de la administración francesa, aunque con total autonomía funcional y jurisdiccional, y los segundos, a cargo

[7] Auby, J. M., y Roland Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, vol. II, 1984, p. 502.

[8] El fin mismo de la separación entre jueces administrativos y jueces judiciales en Francia es —entre otros— que los primeros puedan crear un régimen procesal especial y distinto del procesal común, lo que significa, de rechazo, que el juez judicial se rige por este último en todo caso, sin conceder privilegios a la administración, como el de la vía administrativa previa, exclusivo de la jurisdicción contenciosa administrativa. Los tratados franceses ni siquiera rozan la cuestión sobre si la vía previa también debe observarse por el juez judicial cuando juzga a la administración, pues la respuesta negativa va implícita en el hecho mismo de su existencia separada de la del juez contencioso-administrativo; véase respecto de la autonomía de ambas jurisdicciones sobre la administración y del derecho procesal aplicable en cada una. Pacteau, Bernard, *Contentieux Administratif*, PUF, 1985, p. 18.

del poder judicial y de los jueces ordinarios, que funcionan bajo la autoridad suprema de la Corte de Casación.

Casi igualmente importante es la segunda partición interna de la jurisdicción contencioso-administrativa entre la objetiva, de legalidad o anulación, y la subjetiva, de derecho o de plena jurisdicción. En la primera se discuten la legalidad y validez de los actos de derecho público de la administración; en la segunda, de la existencia y restablecimiento de los derechos subjetivos frente a ella, también de derecho público, principalmente en materia de contratos y de responsabilidad civil. Es lo típico de la jurisdicción objetiva el que sólo se puede pedir y obtener la anulación del acto ilegal; y de la segunda, el que pueden obtenerse, además, condenatorias al pago de indemnizaciones pecuniarias contra la Administración.

De las apuntadas diferencias, no obstante, hay reglas comunes a ambas jurisdicciones contenciosas. En ambas, lo normal —cuando no lo necesario— es que toda acción sea, en primer término, de anulación, incluso la que se da en el contencioso subjetivo o de derechos; [9] y lo cual significa que el objeto del proceso es siempre y en primer término la validez de un acto que se impugna, por sí o como causa de lesiones a los derechos que se invocan. Y, consecuentemente, las acciones y sentencias posibles son meramente constitutivas o, a lo sumo, condenatorias al pago de sumas de dinero, es decir: para la anulación del acto o, además, para la reparación pecuniaria del derecho subjetivo violado por éste. No hay posibilidad de establecer acciones condenatorias para obtener actos o prestaciones de la administración, cuya denegación ilegal o arbitraria puede generar únicamente responsabilidades civiles de ésta.[10] Y las acciones declarativas se dan, o bien por reenvío de un juez judicial (cuando interpretar el sentido o pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo es cuestión prejudicial para su fallo), o bien por acción directa (de quien es parte en un caso administrativo ya surgido o inminente, dentro del cual se discute el sentido o la validez de un acto administrativo existente o por dictarse.[11] Se trata, en todo caso, de acciones y sentencias declarativas comunes, en cuanto autónomas respecto de anulaciones y condenatorias posteriores y que, por ello, aportan únicamente seguridad jurídica. Las declara-

[9] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. II, p. 492; Chapus, Rene, *Droit du Contentieux Administratif*, Paris, Montchrestien, 1982, p. 75.

[10] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. II, p. 376; Chapus, *op. cit.*, pp. 392 y ss.

[11] Se trata del contencioso "de interpretación por reenvío" o del de "interpretación por acción directa", ambos tipos referidos a un acto administrativo, dictado o por dictarse; véase al respecto Debbasch, Charles, *Contentieux Administratif*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 871 y ss.

ciones sobre el modo, método o forma de ejercer las potestades discrecionales frente al actor victorioso no parecen estar contempladas en la justicia administrativa francesa. Por mayoría de razón, tampoco es posible que el juez contencioso se sustituya a la administración y haga lo que ésta debe, pero no hace.[12] La sentencia excepcionalmente contiene consejos y directrices sobre la forma de ejecutar el fallo; pero no son obligatorios para la administración.[13]

Las limitaciones de los poderes del juez frente a la administración alcanzan también, naturalmente, la fase de ejecución de la sentencia contenciosa. Dada la prohibición de que el juez contencioso dirija órdenes a la administración, ni por sentencia ni en su ejecución, tampoco puede hacerlo ante la rebeldía de la administración contra el fallo anulatorio. En Francia —y en todo sistema de justicia administrativa— la anulación del acto administrativo puede implicar la obligación de dictar otros para ajustar la conducta de la administración a derecho y, sobre todo, para satisfacer verdadera —y no sólo formalmente— las pretensiones del actor victorioso, quien, sin tales nuevos actos, obtiene un triunfo pírrico. Si, por ejemplo, se ha anulado la denegación de una autorización, concesión o subvención, esas pretensiones se satisfacen únicamente si lo pedido es otorgado, nunca con la sola anulación del rechazo. El juez francés no puede, ni aun en tal hipótesis, ordenar a la administración el otorgamiento de la autorización, etcétera. Puede, a lo sumo, si la administración ejecuta o reitera el acto anulado, anular la reiteración e, incluso, imponer responsabilidades civiles (pecuniarias) a la administración y, eventualmente, hasta penales al funcionario culpable; pero, para lograrlo, el frustrado actor tiene que hacer otro juicio declarativo, que así es el primero de una cadena potencialmente infinita.[14] Esto es así, sobre todo, en materia discrecional; pero también en cuanto a actos reglados o debidos.

Resaltan tres rasgos en el sistema contencioso francés:

a) El deliberado respeto de la autonomía de la administración frente al juez, con titularidad por aquélla de una semiplena discrecionalidad sobre el caso, antes y después del fallo contencioso;[15]

b) La consecuente focalización del control jurisdiccional sobre una

[12] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. I, pp. 228-229; Odent, Raymond, *Contentieux Administratif*, Paris, Cours de Droit, fascículo 2, pp. 843-844.

[13] Odent, *op. cit.*, pp. 846-847; Auby y Drago, *op. cit.*, vol. 2, p. 422.

[14] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. 2, pp. 432-433.

[15] Odent, *op. cit.*, fascículo 2, pp. 847-849. Después del fallo anulatorio del juez francés queda en libertad para volver a decidir la misma materia y, eventualmente, lo mismo, siempre y cuando no reitere los vicios censurados, por aquél; se trata de una reducida limitación, que deja en pie una discrecionalidad casi plena frente a y más bien en contra del actor victorioso.

mínima y crítica porción de la conducta de la administración, que es el acto administrativo, y

c) La eliminación de acciones y sentencias declarativas o condenatorias contra lo administración, salvo si se trata del pago de sumas de dinero, y, sobre todo, de sentencias de aquellos dos tipos de incidentes sobre el ejercicio de la potestad discrecional de la administración posterior al fallo anulatorio.

Estos rasgos tienen larga historia, que es la única que puede explicar el sistema contencioso francés. En síntesis, obedecen al hecho de que el Conseil d'Etat —creado por el artículo 52 de la Constitución Republicana de 22 de Frimario del año VIII— fue en un principio una dependencia del Gobierno francés con funciones meramente consultivas en lo tocante a la decisión de litigios con la Administración, que correspondía en propiedad al Ministro de cada ramo o Ministro-Juez (justicia administrativa retenida), hasta la Ley de 24 de mayo de 1872, fecha en la que se convirtió en tribunal de alzada contra las decisiones de primera instancia del ministro (justicia administrativa "delegada").[16] Y no fue sino por jurisprudencia del mismo Conseil d'Etat, C. E. Cadot, 13 de diciembre de 1889, que éste pasó a ser juez con jurisdicción propia, independiente de las resoluciones previas del ministro, que simultáneamente dejaron de tener autoridad jurisdiccional, para convertirse en lo que hoy son, en resoluciones administrativas de última instancia, que agotan la "vía previa" a la propiamente contenciosa y, más específicamente, a la de derechos, subjetiva o de plena jurisdicción.[17]

El nacimiento y consolidación de la jurisdicción originaria del Conseil d'Etat, bastante tardíos, son una consecuencia, por otra parte, del principio de la separación constitucional del Poder Judicial y del gobierno, tal y como lo interpretó el derecho de la revolución francesa, que por la Ley de Organización Judicial, dictada por la Asamblea Constituyente de 16 de agosto de 1790, separó las funciones judiciales y las administrativas y prohibió radicalmente a los jueces interferir o perturbar la marcha de la administración y juzgar a los administradores por actos de su función,[18] lo que confirmó la Convención Nacional por Decreto de 16 de Fructidor del año III (de la Primera República francesa), al prohibir a los jueces ordinarios conocer de cualquier especie de actos de la Administración.[19] Obedecían los legisladores revolucio-

[16] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. I, pp. 222-223.

[17] Centre National de la Recherche Scientifique, Le Conseil d'Etat, Paris, 1974, pp. 685-686; Debbasch, *op. cit.*, p. 178.

[18] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. I, pp. 380-386.

[19] *Idem*, p. 382.

narios al temor contra los jueces heredado de la monarquía absoluta, que vivió en constante conflicto con los antiguos *Parlements* (tribunales de la nobleza nombrados por el rey) a lo largo de todo el antiguo régimen. Y la razón fundamental de tal separación de jurisdicciones (judicial y administrativa) se hace consistir, todavía hoy, en una forma de autolimitación del gobierno y de su administración en favor de la justicia, por virtud de la cual se someten a un juez propio y comprensivo, que, si bien totalmente independiente en lo funcional, es, al menos, parte orgánica de ellos y, en todo caso, más conocedora de sus necesidades y de su régimen propios, en tanto que impartida por quienes, simultáneamente, son sus asesores o sus funcionarios.[20] La autoridad jurisdiccional del Conseil d'Etat —jerarca de la justicia contenciosa francesa— ha sufrido, como lógica consecuencia, frecuentes ataques al hilo de los vaivenes políticos del gobierno, sobre todo por obra de este mismo, que censura acremente aquellos de sus fallos que desmienten la sumisión del Alto Tribunal a sus dictados o políticas,[21] en lo que este último ha sido siempre y es cada día más ejemplarmente altivo y audaz. En síntesis: se trata de una justicia administrativa altamente independiente, pero, al mismo tiempo, históricamente diseñada para no perturbar a la administración y, en todo caso, para garantizarle sustancial autonomía dentro del campo de su competencia, al mismo tiempo que para ofrecerle una justicia especializada y más adaptable que la judicial común a las exigencias de autoridad de esa administración. De conformidad, se trata de una justicia que nunca debe actuar como superior de la administración, dándole órdenes o sustituyéndola, y que, sobre todo, está llamada a juzgar sólo la parte más crítica de la incidencia del funcionamiento de la administración sobre los otros sujetos, que es el acto imperativo y ejecutorio *(l'acte executoire* de Hauriou), con exclusión del resto de la conducta administrativa, llamada a permanecer bajo la autoridad incontrolada de la administración misma en la medida de lo posible.

Esta justicia parece incompatible, sobre todo, con una jurisdicción general que no sólo controle el uso de la discrecionalidad administrativa, sino que la sujete a directrices u órdenes para su posterior ejercicio frente al actor victorioso, a partir del reconocimiento de las situa-

[20] *Idem*, p. 182. La afirmación es casi unánime en la doctrina francesa, para lo cual véase igualmente Odent, *op. cit.*, fascículo 1, pp. 279-281. En cuanto a la acumulación de funciones consultivas y administrativas en los jueces que integran el Conseil d'Etat, por aparte de la propiamente jurisdicente, la tendencia en Francia es no sólo a aceptar tal situación sino, más bien, a fomentarla, con el objetivo de lograr "una jurisdicción compuesta por jueces mezclados a la acción administrativa" (Pacteau, *op. cit.*, pp. 45-47).

[21] Auby y Drago, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

ciones jurídicas de éste ante dicha discrecionalidad, y que imponga ir más allá de la anulación del acto que las perjudique, hasta procurar el que las satisfaga. Se trata, incluso cuando es plena y tutelar de derechos subjetivos, de una jurisdicción sustancialmente objetiva, que garantiza la legalidad administrativa, pero no la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, en la medida en que ello exija sujetar la discresionalidad administrativa a órdenes o regulaciones del juez contencioso.

El sistema francés —creador de la más ilustre jurisprudencia latina en defensa de los derechos e intereses de las partes a costa de la discrecionalidad administrativa— no ha permanecido extraño —como resulta intevitable— al empuje del interés privado en una ampliación favorable a su causa de esa limitada función y ofrece cada día más instrumentos de tutela efectiva de las partes y de la eficacia de los fallos en su beneficio, lo que ha motivado brillantes debates y tesis doctrinarias en las que se afirma la evolución del sistema hacia una justicia montada sobre todo para satisfacer situaciones jurídico-subjetivas.[22] Y, en efecto, se ha enriquecido el arsenal técnico para lograr la ejecución de los fallos contencioso-administrativos, sobre todo por Ley de 16 de julio de 1980, que permite por primera vez en la historia francesa la imposición jurisdiccional contra la administración vencida de las multas llamadas *astreintes* (por cada día de incumplimiento de la sentencia), y, con ello, convierte esta última en un verdadero mandato del juez sobre la administración, con alcance que merece —por todo lo dicho— el calificativo de revolucionario.[23]

[22] Véase sobre todo la obra de Bruno Kornprobst, *La Notion de Partie et les Recours por Exces du Pouvoir*, quien llega al extremo de identificar el interés legítimo con el derecho subjetivo para demostrar que el proceso por *exces du pouvoir*, objetivo o de anulación, es, en realidad, un contencioso también subjetivo, dado en función de los intereses del actor, para lo cual véase la citada obra (LGDJ, Paris, 1959, pp. 239 y ss.). Pero la brillante obra fracasa en su tesis, ante la limitación de las acciones y sentencias de lo contencioso-administrativo francés en cuanto a su objeto, que sólo puede ser la anulación (contencioso objetivo) o la condenatoria a un resarcimiento (contencioso de plena jurisdicción o subjetivo); pero nunca el reconocimiento de derechos subjetivos a actos administrativos concretos ni a formas específicas de ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el caso de autos, a través de sentencias declarativas y de condena a actos o conductas específicas de la administración. El contencioso francés es siempre claramente objetivo por sus resultados.

[23] Auby y Drago, *op. cit.*, vol. II, pp. 551-553. Debe mencionarse también a este respecto, y como síntoma de la evolución del contencioso francés, aun del objetivo o *exces du pouvoir*, la intervención del llamado *mediateur* en favor de la ejecución de la sentencia contenciosa; pero limitada, en último término, a la publicación del incumplimiento o violación del fallo por la administración en los llamados "informes" de ese funcionario, versión francesa del *ombudsman* escandinavo, creada

III. La herencia francesa en España y Latinoamérica

La evolución es parecida en nuestros sistemas, heredados del francés, como el español y los de Latinoamérica.

En España no hay contencioso administrativo formal, porque todo es judicial; pero éste también excluye nominalmente las acciones y sentencias que no sean, total o parcialmente, anulatorias, respecto de las cuales las de condena —que también sólo pueden ser al pago de sumas de dinero o a la entrega de cosas determinadas— resultan meramente consecuentes y accesorias. Tal es el enfoque ortodoxo, brillantemente expuesto en obras de gran aliento.[24] Pero aquí también hay ya noticia del tratamiento de los "intereses legítimos" típicos de la jurisdicción objetiva y anulatoria como verdaderos "derechos reaccionales", que se comportan y que logran aceptación como tales en los fallos contenciosos, cuyo contenido se torna entonces declarativo de su existencia y exigencias frente a la administración y, finalmente, condenatorio contra ésta a las conductas que pueden restablecer o satisfacer esos intereses.[25] Todo lo cual lleva implícita la aceptación de éstos como situaciones sustanciales y no meramente procesales, dignas de reconocimiento y reestablecimiento, como el derecho subjetivo, del que progresivamente se reputan como especie.

Pero la limitación indicada como propia de la versión ortodoxa de la justicia administrativa en España es la misma en Argentina y Uruguay, y muy parecida en Colombia y Costa Rica; Venezuela es caso aparte, por lo que se dirá.

En Buenos Aires se ha reconocido un contencioso exclusivamente de

por la Ley de 3 de enero de 1973 y sus reformas, para lo cual véase Malignier, Bernard, *Les Fonctions du Mediateur*, París, PUF, 1979, pp. 107 y ss.

[24] González Pérez, Jesús, *La justicia administrativa en España*, Madrid, Civitas, 1974, p. 90, lo mismo que sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Madrid, Civitas, 1978, p. 641, donde el ilustre autor define la pretensión de plena jurisdicción como "aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional *no sólo la anulación del acto*, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada"; lo cual confirman Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1981, vol. II, p. 538, cuando dicen: "La L. J. (Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956)... permite canalizar a través de un único proceso toda clase de pretensiones, bien las de simple anulación del acto o disposición impugnados, *que es la pretensión básica y siempre necesaria* (art. 41); o bien las adicionales a ésta consistentes en el reconocimiento de la situación jurídica individualizada..."

[25] García de Enterría y Fernández Rodríguez, *op. cit.*, vol. 2, pp. 535, 536, 539 y 540.

derechos, que no protege los intereses legítimos, y una mala jurisprudencia, equivocando el alcance del sistema francés y trasladando al contencioso de plena jurisdicción las limitaciones que tiene en Francia el de anulación, ha terminado por reducir a esta última el tipo de los pronunciamientos posibles del fallo contencioso, que así pareciera aceptar sólo excepcionalmente las condenatorias contra la administración, incluso las meramente pecuniarias.[26]

El artículo 62 del Código Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires llega hasta prohibir pronunciamientos relativos a derechos subjetivos en el fallo contencioso, no obstante lo cual hay autores que sostienen la posibilidad de que la sentencia los contenga si son también propios de la pretensión deducida;[27] pero hay quienes lo niegan.[28] En síntesis: pareciera que en el principal régimen contencioso argentino —el de la provincia bonaerense— son de difícil aceptación acciones y sentencias condenatorias contra la administración, sobre todo si no son puramente pecuniarias. Parece darse una casi total reproducción de las limitaciones contra los poderes del juez en el proceso de anulación francés, sin la correlativa ampliación de esos poderes existentes en Francia en el contencioso de derechos.

En Uruguay, la Constitución crea un Tribunal Contencioso-Administrativo (sección XVII de la Constitución de 1952) separado del Poder Judicial; el primero conoce de las acciones de anulación contra actos administrativos, el Poder Judicial de las acciones resarcitorias. El Tribunal Contencioso tiene todas las limitaciones del juez francés al resolver el recurso por *exces du pouvoir:* sólo puede anular, sin otro pronunciamiento, y no puede dictar condenatorias de ninguna especie, como tampoco órdenes ni prohibiciones contra la administración. Su sentencia es requisito previo para la acción judicial de reparación, aunque existe la posibilidad de una "reserva de la acción resarcitoria sin llegarse a anular el acto", por dictado expreso del artículo 312 de la antedicha Constitución,[29] lo que configuraría una acción y una sentencia

[26] Gordillo, Agustín, *Teoría general del derecho administrativo,* Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. 760-761.

[27] María Diez, Manuel, *Derecho procesal administrativo,* Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1983, pp. 216-218 y 256.

[28] Palacios, Julio A., *La acción contenciosa-administrativa,* La Plata, Editorial Fides, 1975, p. 214.

[29] Giorgi, Héctor, *El contencioso administrativo de anulación,* Montevideo, Editorial Martín Bianchi, 1958, pp. 81-85, 278 y 282-285; Prat, Julio, *Derecho administrativo,* Montevideo, Editorial ACALI, 1982, tomo 5, vol. 3, pp. 181, 185-186; Ramón Real, Alberto, *Estudios sobre derecho administrativo,* Centro Estudiantes de Derecho, vol. II, pp. 104-105.

meramente declarativas, antecedentes de las resarcitorias ante el juez judicial.[30]

En Costa Rica, la LRJCA contempla sólo dos tipos de acciones y sentencias estimatorias: las clásicas, del D. francés, de anulación unas, correlativas de intereses legítimos, que no permiten otro pronunciamiento, y las otras, de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, que son sólo los derechos subjetivos, única forma de posición jurídica del administrado que se reputa susceptible de verdadera lesión y de restablecimiento, fundamentalmente a través de indemnizaciones pecuniarias (artículos 10, 22, 23 y 62 LRJCA). Pero nuestra ley abre claramente la posibilidad para acciones meramente declarativas, pues las de anulación se darán "en su caso" (artículo 22, *idem)*, lo mismo que la sentencia anulatoria (artículo 62. a*)*, lo que indica que aquéllas y ésta son eventuales o que no son necesarias, y, sobre todo, las pretensiones de restablecimiento del derecho subjetivo pueden pedir cosa distinta del dinero, a lo que podrá acceder la sentencia, con lo que, al menos en favor de derechos subjetivos, se habilita la posibilidad de condenatorias específicas a conductas regidas por el derecho público (posibilidad totalmente desaprovechada por la jurisprudencia existente), según resulta de la redacción y relación de los artículos 23 y 62. *c); todo* lo cual viene complementado por el artículo 76, que faculta al tribunal o juez para dictar en forma amplia "las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución" (del fallo contencioso). Este cuadro legal permite concluir en que, en Costa Rica, la ley permite acciones y sentencias declarativas y condenatorias a actos y comportamientos específicos de derecho público contra la administración, igualmente que en ejecución del fallo, a la par de una jurisprudencia que no ha logrado consolidar esa apertura legal, negando aquella posibilidad en lo que toca al ejercicio de potestades discrecionales y reservándola únicamente para los asuntos de derecho privado de la administración (de los que también conoce) y para aquellos que tienen que ver con actos o comportamientos debidos y reglados. Ello hace pensar en la necesidad de la reforma que proponemos y explicamos.

La evolución hacia un contencioso declarativo y condenatorio en favor de intereses ha cobrado forma incipiente en Colombia, donde

[30] En Uruguay queda siempre abierta a la administración la posibilidad de reiterar el acto anulado —en cuanto a su disposición lesiva— con fundamentación distinta de la que dio origen a la anulación jurisdiccional, para lo cual véase Giorgi, *op. cit.*, pp. 278 y 296.

se ha desligado la acción de resarcimiento y de restablecimiento de situaciones jurídicas de la anulación previa de un acto con base en un simple interés legítimo, pero con la inexplicable limitación de que ello será posible sólo cuando la causa de pedir sea un hecho o un acto lesivos "cuya prueba ofrezca grave dificultad"; ello en virtud de reciente reforma creadora de un nuevo Código Contencioso-Administrativo, por ley No. 58 de 1982 y por el decreto ley No. 1 de 1984.[31]

Es Venezuela el ordenamiento latinoamericano donde una reciente reforma legislativa, introducida por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de julio de 1976, al tratar de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha permitido la existencia amplia de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la administración (pareciera que con alcance restringido a las acciones contra la república-Estado y demás entes estatales).[32] Este ordenamiento exige un examen más pormenorizado. Hay, en efecto, cuatro tipos de acciones posibles contra el Estado y sus entes, a saber:

1) Las acciones y sentencias de anulación pura y simple, propias del contencioso del mismo nombre. Pero hay aquí ya una variante de importancia respecto de los otros ordenamientos lationamericanos antes mencionados, a saber: si el acto anulado ha dado lugar a daños y perjuicios o a cualquier otra forma de lesión de situaciones jurídicas subjetivas pueden pedirse la reparación o el restablecimiento de éstas, previa anulación del acto causante, lo que aparejaría, fuera de esta última, una condena-pecuniaria u otra —contra la administración con el fin de lograrlo, siempre dentro del contencioso de anulación; todo lo cual sería lo mismo siempre que se demande contra las consecuencias lesivas de un acto administrativo.

2) Las acciones y sentencias de plena jurisdicción: éstas, por definición, no suponen la petición de anulación de un acto administrativo, sino una petición pura de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas, básicamente a través de condenatorias cotnra la administración, que no tienen que ser —aunque frecuente-

[31] Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo,* Bogotá, Temis, p. 422.

[32] La exposición que sigue está fundada principalmente en la obra del distinguido y prolífico autor venezolano Randall Brewer Carias, *Instituciones políticas y constitucionales,* Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, vol. II, pp. 633 y ss.: pero se ha tomado en cuenta también la muy informativa obra colectiva *El control judicial de los poderes públicos en Venezuela,* Caracas, Universidad Central, 1979, especialmente los artículos de Hildegar Rondón ("El sistema contencioso administrativo en el contexto de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia", especialmente pp. 117 y ss.), y de Enrique Pérez Olivares ("El recurso de interpretación", especialmente pp. 159 y ss.).

mente sean— pecuniarias y que pueden ser eventualmente a conductas positivas o negativas;[33] pero la doctrina pertinente parece exigir —interpretando la jurisprudencia venezolana— que se trate de tutelar verdaderos derechos subjetivos, con lo que parecieran excluirse de este ámbito jurisdiccional los intereses legítimos.

3) Las acciones y sentencias de interpretación, tanto de leyes como de actos administrativos, pero en casos tasados por la misma ley.[34]

4) Las acciones y sentencias condenatorias ante inercias o inactividades del Estado y sus entes, violatorias de un deber específico de actuar impuesto por ley.[35]

Sin embargo, asaltan varias dudas respecto de este notable ordenamiento, mucho más moderno y menos galicista que los otros de España y Latinoamérica en el aspecto que ahora nos interesa. En primer término, como se vio, pareciera que el reconocimiento, reparación y restablecimiento de situaciones jurídicas exige la anulación previa del acto cuando éste sea la causa del daño, dentro del contencioso de anulación, con prohibición de reputarlo, entonces, como mero hecho jurídico, accionable en sus consecuencias lesivas sin necesidad de anulación, exactamente como ocurre con los demás hechos ilícitos. Se mantiene con ello el prurito francés de reputar el acto imperativo como la conducta principal y a régimen único y rígido del derecho administra-

[33] Brewer Carías, *op. cit.*, p. 640: "De acuerdo con la Ley de 1976 en el caso del contencioso de plena jurisdicción, la decisión del Juez puede ser cualquier decisión jurídicamente útil que se solicite, en la cual no esté envuelta la nulidad de un acto administrativo. Esto cambia la situación existente antes de la Ley. La Constitución, en ese sentido, señala algunos supuestos de la competencia de plena jurisdicción cuando insiste en su artículo 206 sobre la condena al pago de sumas de dinero, la reparación de daños y perjuicios, originados por la responsabilidad de la Administración; o el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa'. De acuerdo con esta norma, es indudable que estamos ante una competencia plena, lo suficientemente amplia como *para admitir cualquier tipo de pedimento frente a la Administración de parte de un particular lesionado, por supuesto, en un derecho subjetivo*" (el subrayado es nuestro). Observamos la posibilidad de que algún venezolano levante contra los fallos reestrictivos en sentido opuesto la afirmación de que el artículo 206 de su carta, al tutelar indistintamente todas las situaciones jurídicas subjetivas, está imponiendo la tutela también de los intereses legítimos por la vía de su "restablecimiento".

[34] *Idem*, p. 642, restricción ésta a una lista basada en el artículo 42.24 de la Constitución venezolana que, al establecer las acciones "para conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales", expresamente limita la posibilidad a "los casos previstos en la ley", con lo cual, como apunta el distinguido profesor venezolano, "queda por ser regulada dicha competencia".

[35] *Ibidem*.

tivo y del contencioso, con olvido de que el acto debe ser reducible a acción en función de la tutela del administrado.

En segundo término, se supone situación jurídico-subjetiva tutelable a través de su reparación y restablecimiento únicamente el derecho subjetivo, con exclusión del interés legítimo, sin advertir que éste también lo es, y que la ausencia a su respecto de otros medios de protección distintos de la anulación, que hoy padece, es pura herencia del derecho francés, producto de la historia de éste, y mantenida en los nuestros, con otra enteramente distinta, por obra de la inercia. En Venezuela pareciera, en efecto, que los procesos de plena jurisdicción, con poderes del juez distintos del anulatorio, son posibles únicamente en favor de derechos subjetivos, exactamente como en Francia.

En tercer término, pareciera que —en íntima relación con lo anterior, pero no necesaria— la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y de condena contra la administración (del Estado y de sus entes) viene limitada a los aspectos reglados de su conducta, con exclusión de los que son discrecionales; y ello parece así no sólo por la limitación de las condenas a aquellas que benefician derechos subjetivos —que pueden muy bien ser derechos a una conducta de la administración debida en beneficio del actor— sino, sobre todo, por la exclusión de los intereses legítimos del mismo ámbito de tutela plena, pues son éstos —mucho más que los derechos subjetivos— los correlatos normales de la discrecionalidad administrativa, cuya existencia suponen. No todo lo que es reglado y debido genera derechos subjetivos; pero todo lo que es discrecional sólo intereses legítimos puede generar, exactamente como los intereses legítimos sólo pueden darse frente a potestades discrecionales.[36] Este moderno e interesante régimen venezolano de lo contencioso, en síntesis, pareciera mantener los intereses legítimos fuera de la plena jurisdicción y prohibir las acciones y sentencias de condena contra la administración en cuanto al ejercicio de sus potestades discrecionales *in abstracto*, por obra de la ley que las crea y atribuye, aunque eventualmente vinculadas, total o parcialmente, por obra de los hechos probados del proceso y del fallo. Hay un paso adelante respecto del sistema francés, sin dejar de respetar sus dogmas fundamentales: parecieran ser posibles las acciones condenatorias contra la administración, pero sólo cuando ésta actúa en el ejercicio de potestades legalmente regladas *in abstracto*, en defensa de verdaderos subjetivos, nunca en protección de intereses legítimos. Enorme ense-

[36] Severo Giannini, Massimo, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 514.

ñanza ha aportado el distinguido profesor Brewer Carías al ponernos en conocimiento de tan importante avance. Pareciera posible, a partir de éste, saltar hacia la regulación jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, como casi de inmediato pasamos a proponerlo.

Otro sistema latinoamericano donde aparentemente hay la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la administración, sin límites sustanciales, es en Brasil; pero no tenemos seguridad de que ello sea así incluso en cuanto al ejercicio de potestades discrecionales y más bien la posibilidad pareciera limitada a hipótesis de actos o actividades vinculadas, como los servicios públicos.[37]

En síntesis: fuera de excepciones limitadas, muy lacónicamente justificadas y, en ocasiones, dudosas (como ocurre en Venezuela, Brasil y Costa Rica), pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericano al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual ni en sentencia, ni en su ejecución, es posible en Latinoamérica condenar a la administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de la discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso. La sustitución jurisdiccional de la administración y, sobre todo, de la discrecionalidad administrativa es imposible en España y en Latinoamérica. La jurisdicción contenciosa hispanoamericana continua siendo fundamentalmente objetiva y en beneficio de la legalidad administrativa, pese a la legitimación por situaciones subjetivas exigida en todos los respectivos países para su puesta en marcha. La marca dominante del derecho francés es indeleble. Esto nos lleva directa-

[37] Seabra Fagundes, M., O. *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciario*, Sao Paolo, Libraria Forense, 1979, pp. 156, 390-396 y 399-400. Sorpresivamente, el ilustre jurista, que sostiene no sólo la posibilidad legal sino también la normalidad de acciones contenciosas declarativas y condenatorias contra la administración (sujeta al derecho público), en sentido amplio y con restricciones excepcionales por texto de ley, sostiene también el carácter extraordinario, infrecuente y excepcional de las acciones y sentencias constitutivas contra la administración, lo que deja sin ámbito propio en Brasil las acciones y sentencias anulatorias contra ella, el típico ejemplo de las acciones constitutivas; para lo cual véase p. 398, *idem*. Lo cual significa que en el único país de Latinoamérica donde se admiten con generosidad las condenas contra la Administración en el uso de sus potestades públicas —si hemos entendido al ilustre jurista brasileño— se niega la anulación jurisdiccional de actos administrativos como contraria a la separación constitucional de poderes, y se neutraliza así de un golpe lo que se había avanzado en el terreno de la jurisdicción subjetiva.

mente al único sistema latino en el que pareciera hallarse en plena evolución una jurisdicción contenciosa de signo contrario al francés y específicamente dirigida a destruir o excluir en lo posible la discrecionalidad administrativa opuesta a las pretensiones del actor victorioso y posterior al fallo anulatorio; es el caso de Italia, con su ingenioso y hasta misterioso *giudizio di ottemperanza*.

IV. El giudizio di ottemperanza [38]

Podría traducirse como juicio de acatamiento o de cumplimiento del fallo ejecutorio; pero ello no sería significativo, porque hay consenso en la doctrina italiana sobre el hecho de que este peculiar proceso no es

[38] Resulta inútil apostillar abundantemente el tema del juicio de *ottemperanza*, a cuya exposición dedicaremos tantas líneas en este breve estudio. Pero conviene apuntar como fuentes principales del tema las obras fundamentales sobre la materia, a saber: Severo Giannini, Massimo, y Aldo Piras, "Giurisdizione Amministrativa e Giurisdizione Ordinaria nei Confronti della Pubblica Amministrazione", voz de la *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1969, especialmente pp. 253-257, 264 y 265; Piras, Aldo, *Interesse Legittimo e Giudizio Amministrativo*, Milano, Giuffre, 1962, principalmente el volumen II, capítulos II y III; Nigro, Mario, Giustizia Amministrativa, Bolonga, il Mulino, 1976, pp. 275 y ss. y esp. 287-292, así como la espléndida contribución del mismo autor sobre el tema a lo largo de varios años y varios trabajos precedentes a la obra ya citada, en sucesivos artículos esclarecedores, ahora en el volumen *La Riforma del Processo Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980, particularmente los artículos" Linee di una Riforma Necessaria e Possibile del Processo Amministrativo" (pp. 142-149) y "Problemi Veri e Falsi della Giustizia Amministrativa" (pp. 72-78) y, sobre todo, el artículo suyo publicado en el volumen colectivo *Il Giudizio di Ottemperanza*, Milano, Giuffrè, 1983, titulado "Il Giudicato Amministrativo ed il Processo di Ottemperanza", que es quizá la sistematización más completa hasta la fecha sobre el espinoso tema; las actas del *Convegno sull'Adempimento del Giudicato Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, donde son notables: las relaciones de Aldo Sandulli ("Consistenza ed Estensione dell'Obbligo delle Autorita Amministrativa di Conformarsi ai Giudicati"); de Massimo Severo Giannini ("Contenuto e Limiti del Giudizio di Ottemperanza"); de Enrico Guicciardi ("L'ar. 27.4 e il giudicato amministrativo"), y de Feliciano Benvennuti ("Valore delle Pronunce ex art. 27.4 t.u del Consiglio di Stato e loro esecuzione"); las actas del *Convegno sobre Il Giudizio di Ottemperanza*, Milano, Giuffrè, 1983, en las que son notables las contribuciones de Nigro, ya citada, y, además, la relación de Alberto de Roberto ("Presentazione del Tema del Convegno"); el aporte de Franco Piga ("L'Ottemperanza: Giudizio di Cognizione o Esecuzione"); de Corrado Calabro ("L'Ottemperanza como Prosecuzione del Giudizio Amministrativo"), y de Franco Gaetano Scoca ("Aspetti Processuali del Giudizio di Ottemperanza"), y, finalmente, tres importantes obras doctrinarias, una de Levi, Franco, *L'Attivita Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappicheli, 1967, especialmente pp. 209 y ss.; una segunda de Gaetano Scoca, Franco, *Il Silenzo della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, esp. sección segunda, "Il Silenzio Amministrativo el'Interesse Legittimo", pp. 99 y ss., y Grecco, Guido, *L'Accertamento Autonomo del Rapporto*, Milano, Giuffrè, 1980, esp. la segunda parte sobre Profili Ricostruttivi, pp. 109 y ss.

para ejecutar el fallo en el sentido ortodoxo del término, lo que también resulta una objeción contra la traducción sugerida. Preferimos darle el nombre en su lengua original.

El mérito del *proceso de ottemperanza* italiano es haberse hecho cuestión de lo que los otros sistemas dan por sentado, a saber: ¿la llamada ejecución del fallo contencioso es realmente tal o es cosa distinta?

En el proceso civil o común la sentencia declara derechos a prestaciones determinadas; en el proceso contencioso, declara la existencia de un interés lesionado, el cual, como tal, es el interés a una resolución administrativa de un caso concreto, en función de un interés público (el de la potestad respectiva) y otro privado (el puesto en relación con este último por obra de los hechos del caso). Esa resolución puede ser —y normalmente es— obligatoria en cuanto a su emisión, en ejecución del fallo, en tanto que necesaria a tal efecto; pero puede ser discrecional en cuanto al contenido, que la sentencia no define o define sólo parcialmente. Anulada la resolución, restan por satisfacer ambos intereses, pues la potestad vuelve al estado anterior a su primer ejercicio. Surge aquí la magna cuestión de si la función fundamental del proceso contencioso es meramente anulatoria o, más bien, de satisfacción de esos intereses. Si —como ya se ha sostenido en este estudio— la anulación es instrumental respecto de la realización de las utilidades buscadas, cuya creación es el fin primario del proceso, resulta evidente que la ejecución del fallo, mucho más que el cumplimiento de obligaciones dadas por éste y de sus necesarias consecuencias jurídicas es la adopción de nuevos actos administrativos de ejercicio de la misma potestad discrecional, conducentes a la obtención de dichas utilidades, públicas y privadas. Es decir: es la emisión de actos, debidos y necesarios, pero discrecionales por motivo y/o contenido, llamados a satisfacer el interés público y el privado que pone en juego el correcto ejercicio de la potestad discrecional que dio base al acto anulado. Se trata de extraer del fallo orientaciones suficientes para guiar esa discrecionalidad administrativa posterior a su emisión, tomando en cuenta, sobre todo, los considerandos y la motivación del fallo, principalmente los hechos que lo fundamentan, al modo como se aplican un concepto o una norma indeterminados. Si esto es ejecución, es ciertamente una muy peculiar y distinta de lo que normalmente suele llamarse tal, a partir de obligaciones específicas y determinadas por su contenido en un título ejecutivo o en un fallo común.

Esto aclara, en segundo lugar, que el contenido de un fallo conten-

cioso anulatorio se puede desglosar en varios tipos de obligaciones a cargo de la administración vencida, a saber: la obligación legal genérica e indeterminada de darle cumplimiento en letra y en espíritu; las obligaciones específicas y expresas que el fallo pone a cargo de la administración con ese mismo objeto; las obligaciones de la administración no indicadas en el fallo pero necesarias para que, en un nuevo ejercicio de la discrecionalidad, la administración restituya las cosas al estado anterior al acto anulado y para que —lo que es igualmente importante— satisfaga en lo jurídica y factualmente posible la pretensión del actor victorioso, tomando como punto de partida el texto del fallo y los hechos de éste que afectan la relación entre dicho actor y su interés, por un lado, y la potestad que dio base al acto anulado, por otro. La tendencia doctrinal más sólida en Italia es —como se dijo— la de que, si la anulación ha tenido lugar por inexistencia o defecto de los motivos discrecionales del acto, la administración debe, en ejecución del fallo, otorgar lo pedido o querido por el actor (Giannini y Nigro).

Esto tiene sentido en muchas ocasiones en las que la anulación recae sobre un acto lesivo, como una expropiación, pues, una vez anulada ésta, nace del fallo no sólo la obligación de restituir lo expropiado y de reparar los daños causados por la expropiación, sino la de no reiterarla en contra del actor, salvo que impongan lo contrario el derecho o los hechos nuevos, de índole excepcional. Este deber de no reiterar el acto lesivo puede ser expreso, o no; pero es siempre existente, pues sin el mismo se limitaría sustancialmente la utilidad que el proceso tendría para el actor. Lo que se satisface es, en realidad, el interés de éste en que no le sustraigan la cosa, que sólo queda satisfecho a medias si la devolución de lo sustraído es meramente temporal. El interés es que el fallo, en lugar de la administración rebelde, establezca que la expropiación —examinados los hechos del caso y mientras no aparezcan otros en ejecución del fallo que excepcionalmente puedan justificar lo contrario— es improcedente y no reiterable. Se trata de un juicio que es, entonces, sobre situaciones subjetivas del actor y no, o no solamente, sobre actos.

Pero donde más se revela la necesaria incidencia del fallo sobre la conducta posterior de la administración es, como se apuntó, en las hipótesis de denegación de actos favorables, lo que bien puede entenderse también como la denegación de actos menos desfavorables. En esta hipótesis, cuando se anula la denegación de una autorización, licencia, permiso, aprobación, concesión, dispensa, o la denegación de una inci-

dencia menos grave de un acto "ablatorio" o lesivo, la sentencia resulta totalmente inútil al actor si no contiene, fuera de la anulación, un mandato de que se otorgue lo ilegítimamente denegado, salvo que lo prohíban la ley o hechos posteriores al fallo, en los casos de excepción en los qeu éstos últimos pueden juzgar.

El juicio de *ottemperanza* tiene específicamente por objeto hacer valer los deberes de la administración nacidos del fallo anulatorio —aunque no necesariamente de su texto—, indispensables no sólo para borrar las consecuencias o secuelas del acto anulado, sino para satisfacer las pretensiones del actor victorioso en la medida de lo posible, tomando en cuenta las limitaciones y guías que el fallo contiene al respecto frente a la administración, en su disposición y motivación, siempre que lo permitan el ordenamiento escrito y los hechos del caso fallado, con los cuales tienen que guardar estrecha o directa relación aquellas pretensiones. Y se dijo ya que los hechos nuevos y posteriores sólo excepcionalmente pueden servir para impedir o justificar la inejecución del fallo.

Pero, si bien el supuesto nominal de este juicio de *ottemperanza* —el incumplimiento del fallo por la administración— no trasluce su originalidad, donde ésta más sale a luz es en punto a las medidas que el juez puede adoptar a título de sentencia. Estas son órdenes de hacer, dar, no hacer o soportar, e incluso, dictados tocantes al ejercicio de la potestad discrecional de la administración, naturalmente excepcionales, pues esas órdenes afectan actos debidos o reglados en la normalidad de los casos. No obstante, pueden darse, además, medidas conminatorias —subsiguientes o simultáneas con las órdenes y mandatos— y represivas, ejecución de las conminaciones o apercibimientos, y consistentes en anulaciones de los actos violatorios de la letra o del espíritu de la sentencia. Lo que más caracteriza este proceso de *ottemperanza*, sin embargo, son las potestades de sustitución del juez sobre la administración renuente a ejercer su discrecionalidad o a ejercerla con las bases, fines y límites que el fallo le indica o que indican al juez, tanto como a la administración, los hechos probados en relación con los fines de la potestad discrecional en juego, aunque el fallo no los contenga expresamente. Es decir: el juez, en sede de *ottemperanza*, puede conocer de las bases, condicionamientos de contenido y fines inmediatos de las medidas discrecionales que deben adoptarse para satisfacer las pretensiones del actor en armonía con el interés público legal y las pretensiones del actor victorioso, y puede sustituirse a la administración en la adopción de estas medidas, si ésta no adopta ninguna o adopta

aquellas que, a juicio del juez con vista de los hechos probados, no son debidas o son inconducentes para lograr el respeto de la ley y la satisfacción del actor dentro de aquellos límites. Dudoso es si se trata de sustitución de la discrecionalidad por ilegitimidad de los actos discrecionales dictados por la administración o, meramente, por discrepancias con ésta en relación con aspectos propiamente discrecionales y de mérito de dichas resoluciones, no atinentes a su legitimidad. Es cierto que, ante la inercia de la administración después del fallo anulatorio, o una vez removidas como indebidas las resoluciones adoptadas por ésta, con vista en los hechos probados y el derecho del caso, el juez puede hasta sustituirse plena, aunque excepcionalmente, a la administración en el ejercicio de sus potestades y dictar los actos discrecionales necesarios para cumplir los fines del fallo en relación con los intereses y derechos del actor victorioso en el juicio declarativo anterior, siempre bajo la guía del interés público en juego y de la norma escrita, tal y como resultan presentes de acuerdo con aquellos hechos. Estas sustituciones son, como se dijo, excepcionales, pero posibles.[39] El límite que parece observar el Consiglio di Stato en los fallos de *ottemperanza* está generalmente en abstenerse de sustituciones que impliquen procedimientos administrativos totalmente nuevos, o actos y diligencias reales y no meramente actos administrativos. Si la administración se niega a admitir en sus oficinas al servidor público reinstalado, aquel alto tribunal no lo coloca físicamente en su sede propia, y si para sustituir a la administración hay que desarrollar todo un procedimiento administrativo nuevo, tampoco lo abre —limitaciones que no dejan de ser graves—. Pero el juicio de *ottemperanza* significa por sí un neto avan-

[39] La doctrina italiana es unánime al respecto, aunque haya enfoques varios respecto del grado en que la sustitución jurisdiccional de la administración puede darse: todos admiten, al hilo de la jurisprudencia del Consiglio di Stato, que el juez de la *ottemperanza* puede realizar actos equivalentes de los discrecionales de la administración en lugar de ésta, cuando ello resulte el único medio o modo para vencer la resistencia injustificada de la administración a satisfacer las pretensiones del actor victorioso mediante nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio. Véase al respecto: Giannini, *op. cit.*, pp. 264 y 265; De Roberto, *op. cit.*, pp. 49-51, 57-58; Nigro, *Il Giudizio di Ottemperanza*, *op. cit.*, p. 106; Guglielmo Roherssen di Cammerata, *L'Azione Esecutiva nei Giudizi contro la Pubblica Amministrazione nel Diritto Italiano*, Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. II, pp. 301, 302 y 304. Innecesario resulta insistir: hay total acuerdo sobre el hecho de que el juez de la ottemperanza tiene potestades sustitutivas de la discrecionalidad administrativa cuando ésta se ejerce mal y ello resulta la única forma posible de vencer ese mal ejercicio. Esto ha sido reconocido, además, por pronunciamientos de la Asamblea General del Consiglio di Stato No. 23 de 1979, según lo informa De Roberto, *op. cit.*, p. 50.

ce de los poderes del juez y de la jurisdicción, contencioso sobre la administración, por comparación no sólo con sistemas —como el francés— en los que no hay órdenes, ni menos sustituciones jurisdiccionales contra la administración vencida en juicio, sino también con aquellos —como el alemán— que reconocen acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra ella, pero que respetan en último término la discrecionalidad administrativa, que puede ser guiada y dirigida, pero nunca sustituida, por el juez del sistema.

Son varias las explicaciones posibles sobre la naturaleza de este juicio. La mejor parece ser la de quien más luminosas páginas le ha dedicado, cuando ha dicho que se trata de un juicio "necesariamente de conocimiento" y "eventualmente de ejecución". Explica el profesor Mario Nigro, de Roma, diciendo:

> Todo me lleva a insistir en la definición del juicio de *ottemperanza* como juicio mixto de conocimiento y de ejecución. Mixto, en doble sentido. En el sentido de que el juez de la *ottemperanza* acumula una actividad de conocimiento (cuando despeja las reticencias e insuficiencias del fallo: en lo que verdaderamente lo "integra"); y una actividad ejecutiva (cuando adopta las medidas necesarias para traducir efectivamente en la realidad el Derecho dictado por el primer juez y por él mismo, el juez de la *ottemperanza)* (Actas del 27mo Convegno di Studi di Scienza della Amministrazione, Il Giudizio di Ottemperanza, Giuffre, Milano, 1983, p. 100).

Importante es establecer, dada esa naturaleza, cuál es el objeto o la materia de este juicio.

Unos dicen que ésta es precisamente la total relación jurídico-administrativa creada por los hechos del juicio (Giannini, Piras y Grecco): otros —que no encuentran posible una relación de contenido indeterminado y determinable exclusivamente a través de actos discrecionales— entienden que se trata más bien del ejercicio de la potestad administrativa en todo su arco de duración (Nigro), y otros, finalmente, creen que el objeto y materia están en el interés legítimo, cuya satisfacción a partir del fallo anulatorio es la base y guía para el descubrimiento de su verdadero alcance y contenido (Scoca). En nuestro concepto, es correcta la primera de tales tesis, pero mucho más claro y asequible para el jurista costarricense la segunda, sin que, por otra parte, se halle gran distancia entre una determinada y cualquiera de las otras dos. De conformidad, en el proyecto del articulado propuesto, nos hemos referido al "ejercicio de la potestad" como al objeto

y materia del proceso contencioso, sin que pueda decirse que ello implique inzanjable rechazo de ninguna de las otras dos teorías (la de la relación jurídico-administrativa y la del interés sustancial por satisfacer).

Para entender estas tesis es necesario partir de una explicación común a todas. En efecto: lo importante es entender la relevancia decisiva de los hechos que justifican o pueden justificar el ejercicio de una potestad discrecional frente a otro sujeto, llamado a recibir sus efectos como destinatario del acto en que ese ejercicio se concreta. Esos hechos tienen fuerza normativa del caso que componen y permiten formular una regla de conducta que llena o determina el contenido del acto administrativo. El interés es la posición o situación jurídica del destinatario potencial del acto (antes de su emisión o después de su anulación), que espera que éste le sea lo más favorable posible y que la norma casuista de conducta en que se base permita satisfacer su pretensión. Se trata de un interés sustancial en un bien de la vida, que sólo puede procurarle un acto administrativo. Y para ese efecto, la ley lo arma con potestades de participación en el procedimiento administrativo que lo capacitan para hacerse oír ante la administración e influirla para lograr de ella el acto más favorable posible dentro del caso. Hay, desde antes del juicio y del acto, desde que se inicia el procedimiento administrativo para dictarlo y, todavía más, desde que ocurren los hechos que le sirven de antecedente, una verdadera relación jurídica entre el interés legítimo y la potestad discrecional, cuyo objeto es el acto administrativo favorable al actor, de contenido indeterminado pero determinable a partir de tales hechos, cuya virtud normativa es igual para todo el que se encuentre ante ellos. La apreciación *in concreto* de esos hechos permite encontrar el método o la vía correcta para dictar el acto dándole contenido, y es la inobservancia de ese método lo que provoca el proceso, evidentemente no para anular el acto desfavorable, sino para obtener el favorable. Ahora bien: cuando surge el juicio de *ottemperanza* ya la sentencia anulatoria está firme y para ser ejecutada. En el juicio de *ottemperanza* el juez tiene que tomar en cuenta no sólo el fin público que la administración vencida debe lograr mediante el ejercicio de la potestad discrecional, sino también la pretensión del actor victorioso, y garantizar a éste la observancia por la administración de aquel método de razonamiento y valoración para formular el contenido del acto, con vista del fallo ya dictado, de sus hechos probados y de la situación real en que actúa la administración después de la anulación, a la cual la sentencia

tiene que adaptarse en algún grado. Se trata de que el juez garantice en lo posible la satisfacción de la pretensión del actor victorioso en el proceso de anulación, para lo cual aquél tiene eventualmente que sustituirse a la administración en el ejercicio debido de su potestad discrecional, de acuerdo con el modelo para tal ejercicio que el juez descubra e imponga, si la administración lo rechaza, por acción u omisión. No se trata, ciertamente, de actividad administrativa, sino de actividad jurisdiccional sustitutiva, pero equivalente de la administración, desde el punto de vista de sus efectos.

La cuestión capital que surge después de lo dicho es: ¿esa actividad jurisdiccional sustitutiva de la discrecionalidad administrativa no ejercida o mal ejercida, es control de legalidad o de oportunidad?

En la medida en que se trate de la formulación de una regla del caso de acuerdo con sus hechos, es cuestión de legitimidad. Si los hechos imponen una regla que es igual para todo el que los conozca o esté situado en o por ellos, la aplicación de esa regla es un imperativo jurídico y su ignorancia una forma de ilegitimidad. Y en la medida en que la regla casuista debida o única no se descubra por mal conocimiento de los hechos o ignorancia de los intereses que activan o de su jerarquía (importancia) dentro de la situación, habrá también una ilegitimidad, más de la función que del acto administrativo. Todos los defectos lógicos y estimativos en la elaboración y formulación de la regla del caso, surgida del mismo y al mismo referente, son vicios del acto o de la función y repercuten en la validez del primero.

El juicio de *ottemperanza* va más allá, porque afecta también lo que es propiamente discrecional. Cuando el caso siguiera varias reglas aplicables, porque aparezcan alternativas para lograr el fin público de la potestad y satisfacer las pretensiones del actor victorioso, la administración podrá escoger; pero también deberá hacerlo, en virtud del carácter necesario de su conducta para la satisfacción de ambos intereses. Si la administración no lo hace o lo hace mal, desde uno o de ambos puntos de vista (interés público y pretensión en juego), el juez puede declarar la forma correcta de escoger o de elegir y puede ordenar y dirigir la conducta de la administración para corregirla y, finalmente, sustituirla, si no se corrige en los hechos. En esta última hipótesis, hay una actividad claramente sustitutiva de la discrecionalidad administrativa, fundada en el desfallecimiento de ésta, que, sin embargo, es jurisdiccional, en la medida en que intenta hacer cumplir el fallo y satisfacer los intereses tutelados por la ley en el caso concreto, la que crea la potestad y da fundamento jurídico al fallo. De este

modo, el juicio de *ottemperanza* es tanto control jurisdiccional de legalidad como acto de oportunidad, en cuanto puede ser una jurisdicción sustitutiva del mal ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Y así como un ilustre autor dijera de este juicio de *ottemperanza* que es un proceso necesariamente de conocimiento y eventualmente ejecutivo, puede decirse que es un proceso necesariamente de legalidad y eventualmente de oportunidad, por implicar la eventual sustitución jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en hipótesis de abandono (inercia) o de mal ejercicio de la misma por la administración obligada a ejercerla frente al actor victorioso en el proceso contencioso.

¿Cuál es la enseñanza fundamental de esta brillante invención italiana? Es la conclusión de que el proceso contencioso debe servir tanto para garantizar la legalidad administrativa como para satisfacer la pretensión del actor victorioso en la anulación, para lo cual es necesario vincular la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio de acuerdo con un modelo de su ejercicio descubierto por el juez, con vista de los hechos del caso, eventualmente con sustitución por él de la administración contumaz en su inobservancia. Es decir: que para ser eficaz y cumplir cabalmente su función tutelar de los derechos e intereses legítimos —y no sólo de la legalidad— el proceso contencioso debe permitir que, en sentencia o en ejecución de sentencia, el juez pueda vencer el mal uso de la discrecionalidad administrativa contra el actor victorioso, dictando el modelo de ejercicio correcto de esa discrecionalidad en el caso concreto y, eventualmente, sustituyéndose a la administración, si ésta se mantiene inactiva o dicta actos contrarios a ese modelo impuesto por el juez.

Se trata de que el juez intervenga ya no sobre el acto sino principalmente sobre la relación entre administración y administrado con ocasión de aquel ejercicio o, mejor dicho, con base en los hechos que lo motivan y que son fuente de beneficios futuros para el actor victorioso, a modo de esencia del interés legítimo en la obtención de tales provechos o ventajas.

Encontramos una falla en esta técnica procesal italiana, que es el ensanchamiento de la fase de ejecución de sentencia y de su juicio de *ottemperanza* en perjuicio del periodo procesal de conocimiento, previo al fallo. Pues bien podría ser ese periodo normal de conocimiento el que aportara al expediente los elementos de ponderación propios del juicio de *ottemperanza*, a efecto de lograr que sea el fallo por ejecutar —y no el de la ejecución— el que pueda contener las declaraciones y condenatorias relativas al posterior ejercicio de la discrecionalidad en bene-

ficio del actor victorioso y de sus pretensiones. Es decir: bien puede ser el fallo la definición del "modelo" de ejercicio de la discrecionalidad que debe observar la administración frente al actor victorioso, con vista de la anulación del acto y de los fundamentos de hecho y derecho del fallo anulatorio.

Dicho lo cual, no podemos ocultar la especial atracción que esta invención italiana ha tenido sobre el autor como miembro de la Comisión Redactora del Anteproyecto para la Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica. El articulado que proponemos se limita a consagrar los tipos de acciones y de fallos declarativos y de condena congruentes con tal enfoque. Conviene establecer en seguida la posibilidad constitucional de su adopción y aplicación en Costa Rica.

V. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa

1. *El planteo correcto del problema*

Un planteo correcto del problema ahorra largas explicaciones favorables a la constitucionalidad de las órdenes a la administración y, sobre todo, de las sustituciones de ella por el juez. Nos interesan principalmente estas últimas, pues resulta obvio que despejar su constitucionalidad —o lo contrario— conlleva igual conclusión respecto de las órdenes por mayoría de razón. El punto crítico de contacto entre la autoridad del juez y la autonomía constitucional del Poder Ejecutivo está precisamente en las sustituciones de la administración por el juez y en su justificación. Justificación que, por otra parte, parece no sólo posible sino sencilla con un planteo correcto del problema, porque el juez contencioso que las lleva a cabo sólo lo hace ante la inercia o los subterfugios de la administración para darle al actor lo que pide, no ante un correcto ejercicio de la discrecionalidad. Cuando el juez define ese correcto ejercicio no está necesariamente fijando el contenido del acto discrecional debido en cuanto a su emisión, después de la anulación del impugnado, para alcanzar aquella satisfacción en favor del actor victorioso. Está indicando cuáles son los hechos probados, los intereses y efectos que tienen para la decisión del asunto, la forma en que debe tomárselos en cuenta y jerarquizarlos con ese fin, y las alternativas existentes. Es posible que éstas falten o que una sea evidentemente la mejor y otro u otras las peores, lo que eliminaría la discrecio-

nalidad en el caso concreto, por obra de los hechos del caso; pero ello no es necesario y, entonces, la discrecionalidad sobrevive la anulación del acto, exclusivamente en cuanto al motivo o contenido del mismo, pero dentro de aquellas indicaciones y valoraciones imperativas ya formuladas por el juez en sentencia o en ejecución de sentencia. El juez regula el ejercicio de la discrecionalidad para identificar las alternativas y valorarlas; pero no hace necesariamente la elección de motivo y contenido, que queda a disposición de la administración. Lo que es debido, en virtud de la ley y del fallo (si se trata de ejecución de éste), es llevar a cabo la operación final, intelectiva, valorativa y volitiva, y dictar el acto imperativo que surte efecto frente al actor victorioso, dentro de las orientaciones, regulaciones y límites previamente establecidos por el fallo o por la ejecución de éste. Dentro de ese marco la administración vencida en juicio podrá ejercer su discrecionalidad, que seguirá siendo tal. Es únicamente cuando la administración viola ese deber, por inercia o desacato al juez, que éste puede sustituirse a ella, Y no lo hace para dictar un fallo, sino para dictar el acto o realizar la actividad necesarios con el fin de satisfacer la pretensión del actor. Cuando el juez hace la sustitución ya no juzga ni controla, con base en la ley o en las reglas de la oportunidad, sino que actúa para lograr la misma inmediata satisfacción de la pretensión victoriosa que lograrían el acto o la actividad administrativos con el mismo fin, aun si fuesen discrecionales. Es sobre estas bases que debe plantearse la constitucionalidad de la sustitución jurisdiccional de una presunta discrecionalidad administrativa con miras a una satisfacción de los intereses —públicos y privados— que ésta pone en juego.

2. *El problema dogmático*

La potestad de sustitución es compatible con la plena autonomía de la administración.

La actividad jurisdiccional es sustitutiva siempre que es condenatoria, porque conduce directamente a la sustitución del vencido en juicio si no cumple la condena, salvo el caso de una imposibilidad en la sustitución, que se traduce en una indemnización a favor del actor. Desde este punto de vista, la sentencia condenatoria puede tener cualquier contenido y desembocar, incluso, en la emisión de actos y en la celebración de contratos por el juez, de índole jurisdiccional, pero equivalentes por su efecto de otros cuyo otorgamiento o adopción era deber de la parte vencida, que lo quebrantó omitiéndolos; es el caso del juez que

otorga una escritura o un contrato ante la rebeldía de la parte obligada a hacerlo (artículo 1066 del Código Civil). No se trata, obviamente, de acto notarial o contractual del juez, sino de acto procesal de éste equivalente del notarial o contractual. Es igualmente evidente que en hipótesis como éstas el acto sustitutivo dictado por el juez no consiste en una declaración de derecho, como tampoco en una condenatoria, sino en un acto o actividad diversos, pero que suponen aquéllas. Lo que vincula el acto procesal sustitutivo con el fallo previo, no es su naturaleza homogénea con éste —que no existe— sino su función al servicio de la plena ejecución de éste. La sustitución del caso es un acto de ejecución del fallo conforme con el artículo 76 de la LRJCA. Así puede entenderse claramente a la luz de éste cuando dispone:

> Artículo 76.- Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución.

El artículo 76 legitima todas las medidas conducentes a la ejecución del fallo en sentido amplio y ello no viola la discrecionalidad, aun si hay sustituciones de ésta por el juez, por que la sustitución va precedida por órdenes y directrices suyas que la excluyen en cuanto a la materia de las mismas. Y esas órdenes son una expresión de los criterios y guías impuestos al juez por los hechos probados y los intereses que ponen en juego para la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, no actos discrecionales del juez. La violación de tales disposiciones jurisdiccionales dictadas por los hechos del caso, mediante sentencia o en su ejecución, es el supuesto para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, estrictamente procesal, de sustitución (por el juez) de la discrecionalidad administrativa, obviamente después de un apercibimiento adecuado en favor de la administración rebelde. Pero, cuando ello ocurre, como se dijo, la función jurisdiccional se realiza por la acción, no por acto de control llamado simplemente a la aplicación y declaración del derecho en el caso concreto. Desde el punto de vista de su naturaleza intelectual o volitiva, la sustitución procesal de la discrecionalidad administrativa es tan distinta de la jurisdicción expresada en el fallo como cualquier otro acto administrativo, con la diferencia sustancial de que su función es lograr la satisfacción de la pretensión del actor en el marco del fallo ya ocurrido y para ejecutar éste. En esta hipótesis podría decirse que nace una competencia jurisdiccional subsidiaria o supletoria de la administrativa, y no para ejercer la discrecionalidad

propia de esta última —ya desaparecida—, sino para satisfacer la pretensión del actor victorioso.

Ahora bien, el esquema descrito no es exclusivo del derecho procesal. En el derecho administrativo hay también la posibilidad de sustituciones del ente público autónomo por el órgano de tutela a condición de que aquél rehúse cumplir un deber legal específico y haya una ley que autorice la sustitución. Esto es así porque, caso opuesto, el respeto a la autonomía se convertiría en apoyo a la rebeldía contra la ley, que ordena hacer lo que omite el ente público. Siempre que haya ley excepcional que lo autorice expresamente y que prevea el deber específico infringido, el Estado contralor puede sustituirse al ente público omiso, sin que ello se repute violación de la autonomía de este último, ni aun cuando ésta sea constitucional.[40] Es que si hay deber de satisfacer al actor, no hay discrecionalidad para derrotarlo. Nuestra LGAP se ha hecho eco de esta distinción, pero la ha reducido absurdamente a la hipótesis de las relaciones jerárquicas, siendo así que su mayor relevancia y utilidad se da en las de contralor de un ente sobre otro, cuando está de por medio una autonomía administrativa, constitucional o común.[41] Y la regla que ha de extraerse es —como resulta claro— que la sustitución es compatible con la autonomía del sustituido en los casos en que éste la ha abandonado, por violación de los deberes legales a su cargo (para un correcto ejercicio de sus potestades en el caso de entes públicos).

En la hipótesis del juez frente a la administración vencida en juicio, se dan todos los supuestos necesarios para que proceda la sustitución de ésta por aquél, incluso en el ejercicio de sus potestades discrecionales, que, según lo dicho, no es tal, sino ejercicio de una función típicamente jurisdiccional. Lo fundamental es que esos supuestos se den, como efectivamente ocurre. Esto es muy claro. Nadie puede negar el deber legal de ejecución de los fallos por la administración, sobre todo si son fallos contra ella. A nivel constitucional ello es evidente en Costa Rica por virtud del artículo 149.5 (que hace responsable a presidente y ministro "Cuando impidan o estorben las funciones propias

[40] Dembour, Jacques, *Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge*, Bruxelles, Larcier, 1955, pp. 197 y 201; Regourd, Serge, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Francais, L. G. D. J*, París, 1982, pp. 159 y 160.

[41] Buttgenbach, André de, *Theorie generale des Modes de Gestion des Servides Publiques*, Bruxelles, Larcier, 1952, pp. 234 y 235; Ortiz, Eduardo, *La descentralización administrativa costarricense*, San José, Lehmann, 1966, pp. 198 y 199; Pérez Burriel, Juan, *Tutela provincial administrativa*, Valencia, Diputación Provincial de Valencia, 1974, pp. 335 y ss.

del Poder Judicial") y, sobre todo, del artículo 153 *in fine* de nuestra carta (que atribuye al Poder Judicial "resolver definitivamente sobre ellas —las causas procesales— y ejecutar las resoluciones que pronuncie"), todo lo cual constituye, además, principio general del derecho procesal y constitucional. Y no puede dejar de mencionarse el artículo 9, párrafo primero (en cuanto establece la identidad e independencia recíproca de los supuestos poderes), porque tal norma implica el deber de cada uno de respetar los actos del otro dentro del ámbito de sus funciones constitucionales, incluso en sus efectos sobre los demás, quienes de otro modo complotarían contra la distribución de dichas funciones. Si fallar y ejecutar sus fallos es función del juez, cumplirlos y sujetarse al juez en ese cumplimiento es deber constitucional correlativo y específico —porque determinado o determinable por el fallo— a cargo de la administración vencida en juicio.

Es muy claro, por lo que se ha visto del juicio de *ottemperanza*, que por ejecución ha de entenderse aquí, en sentido amplio, no sólo el cumplimiento de mandatos expresos y precisos derivados del fallo, sino también el de sus mandatos implícitos y sólo determinables con vista de los hechos probados y del derecho aplicado por aquél, en función de la satisfacción de los fines públicos y, sobre todo, de las pretensiones del actor.

Se trata, como entonces se vio, no sólo de aplicar la ley y el fallo mismo como norma expresa del caso, sino también de descubrir y revelar la fórmula para lograr esa doble satisfacción del interés público y del interés privado envueltos. Y este deber, como es obvio, se puede infringir no sólo con la inactividad o la abstención de la administración después del fallo anulatorio, sino también con actos suyos que tienen por efecto reiterar la disposición del acto anulado con otra motivación o crear condiciones que hagan imposible al actor lograr lo que pretende, en forma indirecta. La jurisprudencia del Consiglio di Stato ha superado ya la etapa en que sostuvo que la única forma de incumplimiento del fallo contencioso que daba lugar al juicio de ottemperanza, para su acatamiento, era la total inercia de la administración después del fallo anulatorio, para sostener hoy —ya sin amagos de retroceso— que también hay incumplimiento cuando hay cumplimiento parcial, desviado hacia la frustración indirecta de lo pedido por el actor o, simplemente hacia la consolidación de la situación preexistente al fallo y favorable a la administración.[42] Se incumple el fallo y se viola el deber legal

[42] Roberto, Alberto de, *op. cit.*, p. 49; Nigro, *op. cit.*, p. 102.

opuesto, no sólo cuando hay abstención sino cuando hay acción maliciosa o tendenciosa hacia la frustración del fallo y de las pretensiones del actor victorioso.

Esto indica, traslado a nuestro medio (donde operan sin modificaciones las mismas razones de respeto a la buena fe en el cumplimiento del fallo y del derecho en general que han justificado el viraje jurisprudencial italiano antes aludido), que el supuesto para que el juez pueda sustituir a la administración en el ejercicio de su discrecionalidad sin violar su autonomía constitucional se da tanto cuando la administración se mantiene inerte e inactiva después del fallo anulatorio, como cuando dicta actos incidentes sobre la materia de éste, pero claramente incompatibles con su disposición y, sobre todo, con su fundamentación, directa o indirectamente. En ambas hipótesis por igual, la administración incumple su deber de acatar el fallo en beneficio del actor victorioso y la única forma posible de evitarlo es sustituirla, dictando en lugar de la administración y a título de ejercicio de la función jurisdiccional los actos procedentes para satisfacer las pretensiones del actor, incluso si tales medidas son discrecionales. No se trata, entonces, como ya se dijo, de actos administrativos discrecionales, sino de formas jurisdiccionales de actuación de una potestad y de un deber constitucionales, puestos a cargo del juez por el artículo 153 de la Constitución Política, de hacer ejecutar los fallos que dicta. Y esto es así porque es la única forma posible de lograr que la administración satisfaga las pretenciones del actor y, por ahí, la verdadera función del fallo contencioso, lo que nos lleva a nuestra última consideración al respecto. Que es, en definitiva, la más relevante e importante, a saber: el artículo 49 de la Constitución política no consagra la jurisdicción contencioso-administrativa como control puro de legalidad objetiva, aunque innegablemente esa sea una de sus instituciones fundamentales. El artículo 49 es tajante, además, cuando impone proteger "al menos", los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados".

Este último (artículo 49) es mandato constitucional y no meramente legislativo, que contiene todos los inherentes para garantizar la satisfacción de derechos e intereses subjetivos por la jurisdicción contenciosa, como una entre sus dos fundamentales funciones, conjuntamente con la de garantizar la legalidad de la administración. Significa que la Constitución permite, cuando no impone, la adopción por el juez contencioso de todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de esa función tutelar de situaciones jurídicas subjetivas del actor victorioso, sobre todo de aquellas que sean únicas para ese fin,

porque no haya alternativas al respecto. En tanto así lo sean, esas medidas son impuestas por los hechos para cumplir un fin constitucional del fallo, lo que puede enunciarse mejor diciendo que, según el artículo 49 de nuestra Constitución, la jurisdicción contenciosa puede abarcar en Costa Rica cuestiones de oportunidad, en tanto ello resulte necesario para proteger, "al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos del administrado", con eventual sustitución de la administración, si ésta insiste en derrotar las pretensiones del actor a través de un mal ejercicio de su discrecionalidad posterior al fallo anulatorio. Esto es inobjetable si se entiende, además, que la actividad sustitutiva del juez es, por definición, supletoria o subsidiaria, y sólo constitucionalmente posible cuando venga precedida por el desafío contra mandatos del juez para acomodar la futura conducta administrativa a derecho, por el que ha de entenderse no sólo el legislativo que crea y enmarca *in abstracto* la potestad discrecional, sino, sobre todo, el nacido de los hechos del caso, fundamentalmente a título de regla justificante del ejercicio de aquella potestad y del contenido del acto salido de ese ejercicio.

En síntesis: los artículos 49, 149.5 y 153 de nuestra carta imponen al juez contencioso el deber de tutelar no sólo la legalidad administrativa sino, simultáneamente, los derechos subjetivos e intereses del actor victorioso que demuestre tenerlos, lo que legitima cualquier ley que apodere a aquel juez para dar órdenes, reglas y directrices a la administración en el ejercicio de su discrecionalidad frente a dicho actor y en favor de éste, después de la anulación del acto impugnado y, eventualmente, para sustituirse a la administración rebelde ante esos mandatos, dictando en lugar de ella las medidas equivalentes de los actos discrecionales necesarios para satisfacer las pretensiones de dicho actor. La feliz consagración constitucional de las dos funciones capitales de la jurisdicción contencioso-administrativa, como tutora no sólo de la legalidad sino también de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, hacen constitucionalmente posible cualquier evolución de la misma hacia una función declarativa y condenatoria a la observancia de modos, directrices, reglas y límites judiciales concretos de la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio, siempre que ello sea necesario para garantizar simultáneamente la realización de ambas finalidades.

Dicho lo cual, no sobra abundar invocando la historia patria sobre el trasfondo de la francesa, para apoyar la anterior conclusión, que, evidentemente, supone plena confianza en el juez judicial de o contra la administración en Costa Rica.

3. *La historia patria*

Habría que empezar diciendo —en cuanto cada historia es existencial y es única— la perogrullada de que Francia es Francia y Costa Rica, Costa Rica. No hemos tenido la convulsa realidad que en Francia tuvieron las relaciones entre gobierno y jueces y que motivó su radical separación, cada día más atenuada y frágil, pero si la hubiésemos tenido imposible sería saber, cuando no mera conjetura, cuáles habrían sido sus efectos. Pues también divergen las condiciones e instituciones de cada país, ya que nunca en Costa Rica hemos tenido, después de la Independencia, ministros-jueces o cosa parecida ("justicia retenida" en la jerga técnica francesa).

Con esto no queremos decir que desde nuestra independencia hayamos tenido siempre "justicia delegada", en el sentido francés de justicia contenciosa impartida por jueces auténticamente tales, por la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones y el carácter autónomo de su jurisdicción respecto del gobierno o Poder Ejecutivo. La justicia administrativa auténtica no existió en Costa Rica antes de la actual Constitución de 7 de noviembre de 1949.[43] Lo que queremos decir es que nunca en Costa Rica se han reputado jurisdicciones y expresión de verdadera justicia las decisiones de ningún ministro. No ha habido ministros que sean jueces, ni de primera ni de segunda instancia, y siempre la función jurisdiccional ha sido monopolio judicial en Costa Rica, desde la independencia hasta hoy, con excepciones muy reducidas, todas constitucionales.[44] Cuando en 1949 se creó la jurisdicción contenciosa, el artículo 49 de la Constitución la ubicó en el Poder Judicial, donde ha estado desde entonces, sin discusión ni protesta de nadie, y más bien con el apoyo de la reforma del artículo 49 de la Constitución política por Ley constitucional No 3124 de 25 de junio de 1963, que reafirma tal ubicación judicial, aunque cambie la versión original en otros fundamentales aspectos.

No puede afirmarse que en nuestra historia de lo contencioso-administrativo haya sido totalmente extraña la influencia francesa, pese a

[43] Véase al respecto la docta sentencia de Casación Nº 5 de 15hs y 15ms del 14 de enero de 1959, ponente Fernando Baudrit, p. 128, Colección de Sentencias, 1er. vol, 1 Semestre del año correspondiente.

[44] La única que hay hoy en Costa Rica la correspondiente al Tribunal del Servicio Civil, ubicado en el Poder Ejecutivo e integrado por funcionarios de nombramiento del presidente de la República, con fundamento en el artículo 156 de la Constitución Política; la constitucionalidad del Tribunal ha sido declarada por votación de Corte Plena de sesión extraordinaria de 16 de diciembre de 1954.

tal ubicación judicial, pues hemos dependido perennemente de España para hacer esa historia, y la de España está muy marcada por el modelo francés, que heredamos de ella, sobre todo a través de la vigente ley española de 1956, matriz casi literal de la nuestra. La influencia francesa está presente en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, a través de la española, no sólo en todos sus rasgos fundamentales tocantes a legitimación, acciones y pretensiones, materia y sentencia, sino paradójicamente en su inexistencia hasta 1949, pues fue por errada interpretación del sistema francés de separación de poderes —padecida por nuestros juristas de entonces— que se creyó inconstitucional e incompatible con ese sistema la posibilidad de que nuestros jueces anularan actos del Poder Ejecutivo, y ello limitó la materia de lo que se llamó "contencioso-administrativo" a la decisión de peticiones de resarcimiento, sin anulación de actos, en contra de la administración.[45] Pero es muy claro, por lo mismo, que cuando se creó y ubicó constitucionalmente la verdadera jurisdicción contenciosa en el Poder Judicial, pese a tales antecedentes históricos, se tomó una posición discrepante de tal interpretación errada, no en uno sino en dos conceptos fundamentales, a saber: se habilitó al juez contencioso para anular actos del Poder Ejecutivo, en primer término, y, en segundo término, se consideró correcto atribuir tal jurisdicción al Poder Judicial, única y verdadera sede de todo tipo de justicia en Costa Rica desde nuestra independencia.

Lo anterior revela una actitud de confianza en el juez común por parte del costarricense, que siempre ha visto y sentido en el Poder Judicial un último y seguro refugio contra las injurias y arbitrariedades de toda especie, en sus relaciones con el prójimo y con el Estado. Y revela, sobre todo, una actitud de confianza en el juez judicial como juez contencioso-administrativo como elemento armónico y compatible con la división de poderes, sin flaquezas en perjuicio de la justicia ni

[45] Casación, *cit., idem,* pp. 126, 127 y 128; el temor reverencial al Estado queda expuesta por el abogado Antonio Picado, miembro de la Comisión Redactora de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1938, quien, para justificar la inexistencia de una justicia anulatoria contra la administración pública, dijo: "Demandas han sido presentadas ya para que los Tribunales de Justicia ordenen la reposición en sus puestos de empleados destituidos por el Poder Ejecutivo y aun se ha querido que aquellos revisen actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones *incompatibles con nuestro régimen legal,* se establece en el artículo 970 que no pueden ser materia de juicio contencioso-administrativo (en definitiva Civil de Hacienda) la discusión de los actos de carácter político del Estado y que no puede dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley" (*op. cit.,* p. 128).

extralimitaciones en perjuicio de la administración. ¿Cómo podemos explicarlo?

La explicación es tanto técnica como política y radica en el universal aumento de potencia y rango de la administración pública contemporánea, aquí y fuera de aquí. En los países desarrollados —como los europeos— el liberalismo político y el abstencionismo económico fueron filosofías que nunca se hicieron plena realidad, pues el Estado siempre tuvo los recursos para una participación activa en la conformación de la sociedad, principalmente en la construcción de las grandes obras públicas.[46] En Costa Rica ese liberalismo y la inactividad estatal fueron realidad prolongada durante todo el siglo XIX y el primer tercio de éste, pero no por filosofía, sino por pobreza y crisis fiscales, que nunca dejaron al Estado participar sustancialmente en la vida económico-social de nuestro pueblo. Sin embargo, el vuelco hacia la dirección inversa es popular, poderoso y extenso a partir de 1940: el Estado se vuelve —"sin poder pero pudiendo"— intervencionista, y multiplica, al tiempo que fragmenta a través de incontables nuevos entes públicos, su actividad económica, industrial y mercantil, y con ello también las intervenciones autoritarias y las arbitrarias.

El intervencionismo y el dirigismo económico han aumentado tanto las injurias y daños que produce el Estado como los beneficios que presta. Esto fue patente y muy grave desde 1940 hasta 1948 y produjo finalmente en este año el segundo y último golpe de Estado —por revolución armada— que hemos tenido en este siglo, asestado principalmente para eliminar la corrupción administrativa y política y restablecer la dignidad y la legalidad del gobierno, que nunca se restablecieron. Así nació la Constitución actual, que se hizo, entonces, a partir de una grave desconfianza en el gobierno y para sujetarlo a un régimen que garantizara no sólo su eficiencia sino su pureza, fundamentalmente a través de las autonomías administrativas (concebidas como una nueva versión de la división del poder pero con la función tradicional de salvaguardar la legalidad y los derechos humanos); de un verdadero cuarto poder electoral, que llamó Tribunal Supremo de Elecciones; de un régimen severo de control administrativo ejercido por la nueva Contraloría General de la República, y de un nuevo régimen de control jurisdiccional, ejercido por el Poder Judicial.[47] Si algo

[46] Severo Giannini, Massimo, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Bologna, I Mulino, 1977, pp. 21 y 29-32.

[47] Ortiz, Eduardo, "Costa Rica: Estado social de derecho", Lehmann, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 29, 1976, pp. 59-63.

es cierto en la historia de nuestra justicia administrativa es que la misma nació bajo el signo de una esperanza puesta en el Poder Judicial como muro de contención contra las arbitrariedades gubernamentales y de protección a favor de los derechos e intereses del individuo frente al Estado y otros entes públicos. Es decir: tuvo una génesis no sólo diversa sino opuesta a la que le dio luz entre las convulsiones de la revolución francesa.

Y casi puede decirse que, si bien nuestro constitucionalismo arranca de la Constitución de Cádiz de 1812 —que fue la matriz del Pacto de Concordia, nuestra primera carta de 1821— se alinea más, en este particular aspecto, con la tradición anglosajona de respeto casi místico y hasta mítico por el juez judicial común (piedra de clave del *common law*), que con la francesa de recelo y defensa frente a él en sus relaciones con el gobierno (igualmente importante para entender lo que llamaríamos el *common law* de los franceses, que es su derecho administrativo jurisprudencial creado por jueces orgánicamente gubernamentales, aunque funcionalmente autónomos frente al gobierno).[48] La justicia es la última voz de todo conflicto humano y exige confianza y no sólo respeto: la historia política de Francia, que desconfía del juez judicial, ha tenido que poner su fe en el juez administrativo. Costa Rica nunca tuvo motivos para aquel recelo contra el juez común y ha terminado por tener motivos para lo contrario en la arbitrariedad y la corrupción

[48] Curiosamente, la tendencia parece propia de varios países latinoamericanos herederos de la Constitución de EE.UU. más que de la de Cádiz y de las constituciones revolucionarias francesas, para lo cual véase, en relación con Argentina, Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapeluz, 1944, pp. 74, 75 y 81; Reinaldo Vanossi, Jorge, *Teoría de la constitución, teoría constituyente*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 481 y 482, y también María Lozada, Salvador, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972, pp. 340 y 341, todos los cuales indican que Argentina siguió la división de poderes estilo norteamericano y no estilo francés, sin temores ni prejuicios contra el Poder Judicial. La situación en Francia parece ser otra y autores connotados hay que sostienen la inexistencia allá de un verdadero Poder Judicial igual de los otros dos, tesis apuntalada por la omisión de un régimen propio del mismo en la vigente Constitución Francesa de 1958, para lo cual véase Paul Benoit, Francis, *Le Droit Administratif Francais*, Paris, Dalloz, 1968, pp. 286 y 287, comentado en igual sentido por Prat, Julio, *Montesquieu, L'Esprit des Lois, El principio de Separación de poderes y su proyección y vigencia*, Estudios de Derecho Administrativo, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. 1, pp. 344-347. No hay dudas sobre el origen hispánico —no norteamericano— de nuestro pacto de Concordia (también llamado Pacto Social Fundamental interino, de 1º de diciembre de 1821); pero es muy claro, por todo lo dicho, que éste tampoco adoptó una posición francesa respecto del Poder Judicial, cuya autonomía copió de la Constitución de Cádiz y germinó en su ulterior consolidación institucional en Costa Rica como verdadero y más confiable defensor del individuo y de sus derechos.

crecientes del gobierno y de la administración pública nacionales, confirmados después de 1949. Una justicia contenciosa que fuera orgánicamente administrativa sería —hoy más que nunca— una burla de la justicia cabal en Costa Rica.

En síntesis: no sólo dogmática sino históricamente nuestra Constitución da plena base para las intervenciones del juez sobre la administración y sus potestades discrecionales, a condición de que ello resulte necesario, y, eventualmente, para cualquier otro tipo de medida llamada a garantizar la legalidad y, sobre todo, los derechos e intereses del individuo frente al gobierno y a su administración. Los controles jurisdiccionales, en cuanto último recurso con efecto de cosa juzgada, incluyen excepcionalmente potestades no sólo de censura y paralización de la conducta juzgada sino también de sustitución de ésta, cuando no haya otra vía para evitar la ilegalidad y para satisfacer las pretensiones legítimas del actor victorioso. O sea, la jurisdicción puede implicar acción sustitutiva y no sólo control puro, a modo de potestad jurisdiccional extraordinaria, aunque no jurisdicente. Cuando los italianos abiertamente —y los otros sistemas germinalmente— admiten procesos llamados a habilitar declaraciones y condenas específicas contra la administración, incidentes aun sobre su discrecionalidad, iluminan una vertiente nueva de la jurisdicción, pero no la crean de la nada. Lo que hacen es desarrollar los principios básicos de la justicia rogada, bajo la disposición del individuo, que la pone en marcha con su demanda para la protección de sus derechos e intereses, y no sólo para eliminar lo ilegal sino también para garantizar la satisfacción de estos últimos, dentro del marco de la ley. El descubrimiento tiene bases y alcances que son universales. Nuestras ponencias sometidas a debate se limitan a participar en esa universalidad de principios, que prueba más bien una comunidad de culturas.

Conclusión: queremos concluir. Con respecto y reverencia hemos iniciado la revisión de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. Las innovaciones técnicas de sus instituciones —sobre todo si son de derecho administrativo y no de derecho procesal administrativo— han parecido a la Comisión Redactora no sólo innecesarias sino inconvenientes. Una ley técnicamente excelente es capaz de recibir y dar vida institucional en la jurisprudencia que genera, que en Costa Rica ha ido mejorándola al decantar lenta y cristalinamente el espíritu de su texto. La imposición legislativa de esos

progresos meramente técnicos puede ser mala y hasta peligrosa, si obedece a proyectos menos excelentes que la ley original.

Hemos visto con mejores ojos el intento de lograr reformas que ameriten perder algunas excelencias de la ley actual a cambio de abrir nuevos horizontes de justicia, incompatibles con su texto pero no con su espíritu. Se trata de aquellos cambios que sean pocos pero fundamentales, y que dejen intocado el resto de la ley, para continuar aprovechando los frutos de su excelencia técnica. Esa actitud es la que justifica las reformas que proponemos.

Las podemos resumir diciendo: si la Constitución ordena tutelar, al menos, los derechos e intereses del ciudadano frente a la administración, la única forma de lograrlo es un nuevo proceso que garantice no sólo el reconocimiento y restablecimiento de los derechos sino también los de los intereses legítimos, y no sólo anulaciones o indemnizaciones pecuniarias sino también la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso por cualesquiera otros medios únicos o adecuados, principalmente a través de nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio, sean de la administración o del juez en sustitución de ella. Esto exige modificar profundamente el texto de la ley actual en los capítulos de legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de sentencia, como ha quedado propuesto. Todo lo demás resulta secundario frente a tan magno propósito, excepto la trascendental reforma para convertir el proceso contencioso en semi-oral.

Si lo lográramos, la administración sería mejor y el ciudadano más feliz, no por el mayor temor de la administración a ofenderlo sino por la mayor libertad del ciudadano para convivir con ella, seguro de que la administración podrá imponerle o quitarle sólo aquello que le permitan conjuntamente la ley y un juez imparcial, encargado por el Constituyente de fijarle (a la administración) la forma y límites del ejercicio de la discrecionalidad frente al actor victorioso, dentro del caso concreto y de acuerdo con los hechos que lo componen. En un Estado de derecho la administración debe estar sometida tanto a la ley como al juez, que también produce Derecho. Y en Costa Rica es mejor que ese derecho casuista lo produzca el juez y no la administración, que sería juez en causa propia. La discrecionalidad no debe existir si es disimulo de la arbitrariedad y, cuando lo sea, debe trasladarse al juez contencioso. Sólo venciendo jurisdiccionalmente su mal ejercicio posterior al fallo contencioso anulatorio, es posible para éste último cumplir

con el dictado constitucional que le impone tutelar los derechos y los intereses legítimos, al mismo tiempo que hacerlo en forma pronta y cumplida. Que así llegue a ser es nuestra esperanza, y que pueda postegarse, nuestra aguda preocupación. Con o sin los textos de reforma propuestos, esta formidable empresa tendrá que realizarse, porque es a todos común.

MANDADO DE SEGURANÇA: MEIO SÉCULO DE APLICAÇÃO

J. M. Othon Sidou *

Sumário: I. *Pressupostos Constitucionais.* 1. *A posse dos direitos.* 2. *A posse dos direitos não corpóreos.* 3. *Origens do Mandado de Segurança.* 4. *A criação do instituto em 1934.* 5. *Lineamentos constitucionais.* II. *Características processuais.* 1. *As leis disciplinadoras.* 2. *Requisitos processuais.* 3. *Os elementos integrantes do processo.* 4. *A decadência do direito de pedir.* 5. *As Liminares em Mandado de Segurança.* 6. *Fase conclusiva do processo.* 7. *Os recursos.* 8. *Sucumbência. III. O Instituto cinqüentenário*

I. Pressupostos Constitucionais

1. *A posse dos direitos*

A posse dos direitos, tanto material, chamado direito das coisas, como imaterial, chamado direito pessoal, ou obrigacional, decorre de um conceito negativista. Resultante de uma senhoria total sobre um bem, material ou imaterial, ela, a posse, não se concentra na senhoria em si mesma, o que levaria ao ilogismo de estabelecer-se um vínculo jurídico de um indivíduo com uma coisa ou um fato, como se coisa e fato pudessem ser sujeito de relação ; mas no poder de afastar da senhoria sobre essa coisa ou esse fato toda e qualquer violação por parte de outrem. Esse poder, está claro, é abstrato, não iminente, tampouco independente. O individuo pode defender o que é seu — tem, pois uma expectativa de direito, porém o direito somente surge com uma relação, e esta só se perfaz com a conjugação de uma circunstância tríplice: objeto, fato (ambos assentes na senhoria) e sujeitos — ativo e passivo (só o primeiro dos quais reponta da senhoria).

* Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro — Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas).

A senhoria é, sem dúvida, o conteúdo do direito possessório, mas não constitui o seu substrato, à mingua do elemento que o complete. O substrato está, com propósito, no *poder defendê-la*.

O *ius in re*, dos intérpretes medievais, somente se integra na senhoria em caráter latente, potencializado *erga omnes*, isto é, contra toda a multidão de indivíduos, coletivizados ou não, capazes de violá-la, portanto sem predeterminada relação jurídica e para a exclusiva eventualidade de intervenção alheia em disputa de um interesse sobre seu objetivo.

Da conjugação do fato e da coisa surge uma expectativa de direito para quem o detenha, no exclusivo intuito antecipado de proteção.

Protegendo-se a posse, material ou imaterial, a senhoria transforma-se em fato jurídico, que é um elemento do direito, mas não todo o direito, e é por via desse elemento qeu o *dominus* tem a faculdade de dispor da coisa de modo mais ou menos amplo, porque tem a capacidade de exercitar juridicamente a sua proteção. Noutras palavras, o direito possessório é proteção jurídica que o indivíduo tem sobre a coisa possuída.

O vínculo jurídico resultante de senhoria é abstrato, na dependência de quem reaja contra a ocupação, discuta a acessão, oponha-se à mancipação, conteste a usucapião, ou simplesmente ameace o exercício de um desses direitos.

Falamos em termos de propriedade, o direito real por excelência, no seu sentido de coisa propriamente dita. No referente à propriedade extensiva, ou imaterial, o quadro possessório não se modifica.

Abstraída a dúvida quanto a constituir a posse um fato ou um direito, que damos por irrelevante para efeito deste estudo, permanece válido o raciocínio sobre que do elemento intencional, do *animus dominii*, que caracteriza a senhoria, só resulta uma expectativa de direito, a qual assenta unicamente na proteção jurídica, começada em forma dos interditos do velho direito romano. Haja vista que a proteção possessória, objeto desses interditos, tinha por finalidade precípua amparar uma situação de fato, não propriamente defender um direito; e, a dar apreço à liçao de SAVIGNY, surgiu esteada em motivação de ordem pública, tendo em mira a necessidade de não ser perturbada a paz social. Ora, não se pode cogitar de perturbação da paz soaial somente com a faculdade de senhoria, antes que alguém a conteste ou a esbulhe; nem é apenas a defesa de um estado sobre uma coisa material e não também a defesa de um estado sobre um bem imaterial que pode determinar a perturbação da paz social.

Comum é ouvir-se dizer: "tenho direito a este prédio"; "tenho direito

a esta servidão." É de reconhecer que não há nestas afirmativas nenhum efeito de ênfase. Nem mesmo se trata de uma metáfora. O que ocorre é que, tendo em vista a inexistência total de sujeitos passivos individualizados, mas hipotéticos, a abstração do fato funde-se na concreção do objeto, e assim materializados pela faculdade de uso e fruição, passam a preencher o lugar do sujeito elíptico, confundindo o direito com a coisa.

Que diferença faz quando se ouve dizer: "temos direito de reunirmo-nos"; "tenho direito à promoção de cargo"?

É não é somente na seara dos direitos possessórios que tal ocorre. No direito das pessoas, é o que se dá quanto ao nome. "Tenho direito ao meu nome", é o que todos podem dizer.

Acontece, porém, que não existe, *in abstrato,* um direito ao nome, como também um direito ao prédio ou à servidão, um direito à reunião, um direito à promoção, porém um direito à sua proteção, sempre depois de formada a relação jurídica entre a senhoria e o eventual perturbador.

O poder abstrato que o indivíduo tem sobre uma coisa, material ou imaterial, no sentido de mantê-la em caráter de senhoria exclusiva, ou personalíssima, opondo-se à interferência de idêntico poder abstrato de outrem, soletividade ou indivíduo — eis a essência do direito possessório.

Para efeito de tornar estável esse direito é que, no processo de cristalização dos direitos e desde eras priscas, construiram-se as garantias, de antanho genéricas — *si in ius vocat, ito:* eis a primeira lei das Doze tábuas séculos depois, e até agora, interditais.

2. *A posse dos direitos não corpóreos*

Para os que se familiarizaram, pelo estudo histórico, com a formação patriarcal romana, densamente impregnada na *patria potestas* e sobretudo no conceito amplíssimo de *patrimonium,* abrangente de pessoas, coisas e direitos, não há estranheza em observar que só tardiamente se estendeu a proteção possessória aos direitos não corpóreos.

Entretanto, é de lembrar que o jurisconsulto GAIO, fazendo história em suas Institutas, dá como imemorial o poder de agir *quisquis populo,* isto é, sem qualquer conteúdo de senhoria.

Como quer que seja, a posse dos direitos não corpóreos, erroneamente chamados direitos pessoais, em oposição a reais, começou a sedimentar no próprio direito romano, sendo a mais vetusta referência uma

constituição do ano 302, de Diocleciano, ao fazer expressa e repetida referência à "posse da liberdade".

Igualmente, o antigo direito germânico já opunha um instituto — *Gewähe* — para proteger tanto direitos reais *(iura in re)*, como os demais *(iura ad rem)*.

Esta contribuição romano-germânica fez-se sentir nas Ordenações, a as últimas, as Filipinas, que foram direito brasileiro também, protegiam a posse dos direitos corpóreos e não corpóreos.

Ali, no Livro III, título 78, § 5º, está escrito: "Se alguém se temer de outro, que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas coisas, poderá requerer ao juiz, que segure a ele e às suas coisas do outro, que o queira ofender, a qual segurança lhe o juiz dará; e se depois dela ele receber ofensa daquele de que foi seguro, restituí-lo-á o juiz, e tornará tudo o que foi cometido e atentado depois da *segurança* dada, e mais procederá contra o que quebrantou e menosprezou seu *mandado*, como achar por direito."

Este fragmento está inserido, como exemplo, entre as normas sobre os "autos extrajudiciais", recurso solto, argüível para os tribunais contra as resoluções tomadas por entidades públicas, que, com precisão, o Professor Marcello CAETANO diz poderem ser chamadas autoridades administrativas.

3. *Orígens do Mandado de Segurança*

Se quisermos, pois, buscar a orígem onomástica do instituto brasileiro disposto contra o abuso de direito, nada mais sensato do que recuar, no tempo, às Ordenações Filipinas, de 1603.

Se desejarmos, com lógica, desnovelar o mandado de segurança e todos os institutos similares do mundo moderno em busca de uma comum fonte histórica, não erraremos em apontar os interditos romanos. E logo o demonstraremos.

A primeira parte da ordenação transcrita —"se alguém temer de outro, que o queira ofender *na pessoa*— faz ressaltar uma proteção de sentido tipicamente pessoal, ou não real. A segunda —"*ou* lhe queira sem razão ocupar e tomar *suas coisas*— consagra uma garantia de caráter real, ou corpórea. E *alguém*, a que a ordenação se refere, não pode ser outro que as Universidades das Cidades, Vilas, Concelhos, Colégios, Confrarias e quaisquer outros semelhantes, especificamente citados no *caput* do Título 78 e contra que é lícito "apelar para Nós e para nossos Desembargadores e Oficiais". Noutras pala-

vras: autoridades administrativas, ou ofensoras, aquelas, e autoridades judiciárias, as últimas, conhecedoras do recurso.

Numerosos autores testificam que em sua transição desde a Roma pós-clássica, o direito emergiu na sistemática das Ordenações já apresentando bem delineada a posse dos direitos pessoais. Tal não passou despercebido a RUY BARBOSA, com respeito ao fragmento citado, sendo sua a observação: "A Ordenação, L. 3, tit. 78, § 5º, contemplava evidentemente, na idéia de posse, dois ramos distintos, bifurcados pela disjuntiva *ou:* a pessoa e as coisas; os atentados contra essas e os atentados contra aquela. Se admitem que na concepção de coisa só cabe a propriedade, com os seus desmembramentos, na de pessoa incluem inegavelmente todos os direitos pessoais."

Como quer que seja, se para resguardar o direito de posse, tanto incorpórea como corpórea, os interditos foram o remédio de imperturbável aplicação em suas formas genéricas e específicas, coadjuvadas pelas figuras que ao depois surgiram, representadas nos forais e privilégios, a cujo elenco pertencem as "cartas de segurança" e as "cartas de seguro", o certo é que, para efeito dos direitos incorpóreos não tinham expressão os interditos respectivos, da familia *exhibendum,* para acudir o temor de constrangimento.

Tornado o Brasil independente, faltou, de fato, um remédio destinado especificamente a proteger os direitos incorpóreos. A Constituição do Império estabelecia um programa, ao assentar o direito de reclamações, queixas ou petições, e continha implicitamente o *habeas corpus,* posteriormente consagrado no Código Penal de 1830 e disciplinado no Código de Processo Criminal de 1832.

Nada, porém, de explícito quanto ao agravo de direito, ou abuso de poder, cometido por autoridade pública, quando já de muito esvaído o recurso interposto dos "autos extrajudiciais", da precitada ordenação reinol.

Com a proclamação da República, a Lei n. 221, de 1894, teve oportunidade de sanar a lacuna. A então criada "ação anulatória de atos administrativos" era um processo sumário, sem oferecer qualquer característica que a peculiarizasse. Admitia-se contra as "lesões de direitos individuais por atos ou decisão das autoridades administrativas da União". Reedição do *judiciary Act* de 1789, dos Estados Unidos da América, no afetar ao Poder de justiça a invalidação dos atos inconstitucionais ou ilegais da administração,a lei que criou aquela ação anulatória, ela própria uma importação caracterizada do *mandamus,* excluiu taxativamente o *habeas corpus* de seu campo de aplicação, ao

prevenir que as disposições novas não alteravam o direito vigente sos diversas situações.

Mas a força do dispositivo constitucional favorecia a coexistência do *habeas corpus* com a ação sumária especial. Esta promanava de uma lei, aquele de uma Constituição, miiltando em desfavor da norma legal o fato de não garantir contra a ameaça de lesão, porém apenas em caso de agravo consumado.

Ademais, a "ação sumária", que originariamente comportava a parada de execução da medida atacada, teve abolida em 1908 a concessão liminar da garantia, o que fez definhar mais ainda o neutralizador e, em contrapartida, reforçar o apelo ao *habeas corpus* civil, já então florescente dentro da teoria brasileira.

"Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder" —eis como se configurava o artigo 72, § 22, da Carta de princípios republicana, adotando como cânon constitucional um instituto até então processual.

Em verdade, se a Carta republicana pretendesse manter no Brasil o *habeas corpus* na mesma dimensão jurídica do Império e nas mesmas linhas clássicas da legislação comparada —proclamava Ruy Barbosa— teria omitido qualquer definição, por implícita, sem falar ampla e indeterminadamente em coação e violência. "Quando se mantém uma instituição —insistia o Jurisconsulto— mantém-se o que existe, mantém-se o que se acha estabelecido, mantém-se o que se encontra, consolida-se o que estava. Foi o que fez a Constituição com respeito ao juri: "é mantida a instituição do juri." Mas não foi o que fez no tocante ao *habeas corpus.*"

Fosse como fosse, por mais pura e irreprochável, por mais nutrida e sustentável que se apresentasse a teoria brasileira do *habeas corpus*, ainda assim ela deixava um vazio no campo protetório dos direitos pessoais, posto como seu artífice, o inolvidável PEDRO LESSA, sempre vinculou o interdito britânico às situações relacionadas com o exercício de locomoção.

A toda evidência, o *habeas corpus* seria sempre um remédio de empréstimo para suprir uma deficiência institucional, jamais um específico criado a talho para fazer refluir todas as lesões contra a posse dos direitos incorpóreos.

Em sua obra saída em 1914 —*A Organização nacional*— Alberto Torres ofereceu um projeto de Revisão constitucional, antecedido de judiciosas considerações. Na parte que nos interessa, projetou, na

seção correspondente ao Poder Judiciário, o artigo 73, *verbis:* "É criado o *mandato de garantia,* destinado a fazer consagrar, respeitar, manter, ou restaurar, preventivamente, os direitos, individuais ou coletivos, públicos ou privados, lesados por ato do poder público, ou de particulares, para os quais não haja outro recurso especial."

Aí estava a denominação para o anelado instituto —*mandado de garantia,* locução já muito antiga, proposta por Melo Freire, como medida processual, em seu Projeto de Código Criminal português.

Em 1922, Muniz Barreto, então ministro da Suprema Côrte, obtinha o sufrágio do Congresso Jurídico promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em comemoração do Centenário da Independência, para a tese na qual expunha a carência de um remédio semelhante ao recurso de *amparo* do México. Não reclamava ele um remédio constitucional, porém processual, prevendo que mais cedo ou mais tarde o *habeas corpus,* ampliado sobre sua orígem onomástica, deixaria de resistir à sobrecarga que lhe atribuiram os construtores da República.

Com efeito, a reforma constitucional de 1926, única da primeira República e conhecida como Reforma Bernardes, fez refluir o instituto ao padrão clássico, e o férreo desejo dos redatores do novo preceito manifestou-se sem subterfúgio: *habeas corpus* somente para subtrair alguém da prisão ilegal ou para evitar ameaça ilegal de prisão. Se as nossas leis processuais se acham desprovidas de meios rápidos e eficazes para sanar a ofensa a respeitáveis direitos —dizia o relator-geral da Reforma— é o caso de se criarem e regularem esses remédios jurídicos, sem desvirtuar o *habeas corpus.*

Logo surgiram os tentames em busca do antídoto jurídico, e sete projetos de lei tiveram trânsito na Câmara dos Deputados, de 1926 a 1930, criando "mandado de proteção / mandado de restauração", "mandado de reintegração, de manutenção e proibitório", "ação de manutenção", "ordem de garantia", "mandado proibitório", "mandado assecuratório ou recuperatório". Desse elenco prolífico de idéias, merece distinguir os projetos de Gudesteu Pires, por ser o pioneiro; de Olidon Braga, pela inovação relevantíssima da medida liminar, e de Bernardes Sobrinho, pela não menos relevante lembrança de dar efeito de coisa julgada à sentença no remédio preconizado.

Mas nenhum desses projetos chegou a ser convertido em lei, e todos foram arquivados em conseqüência da dissolução do Congresso Nacional pela revolução de 1930.

4. *A criação do instituto em 1934*

Com o processo de reconstitucionalização do País, em 1933, emergiu o velho anseio por um anteparo contra a ilegalidade e o abuso de poder.

A denominação *mandado de segurança* é feliz inspiração de João Mangabeira, que se foi tirá-la premeditadamente da despretensiosa ordenação filipina, não o sabemos e nunca o revelou o egrégio jurisconsulto.

A fórmula João Mangabeira, cuja primeira referência oficial fe-se no Diário Oficial da União, de 4 de fevereiro de 1933, alusiva à sessão de 27 de janeiro precedente da Comissão do Anteprojeto Constitucional, conhecida por Comissão do Itamaraty, pôde inspirar-se em fato novo, ante a descontinuidade do regime.

Promulgada a Carta de princípios, a 16 de julho de 1934, integrava o artigo 113, consagrado aos direitos e garantias individuais, o item 33, *verbis:*

"Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus,* devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes."

Ao estabelecer que o processo seria o mesmo do *habeas corpus,* a Constituição criou um remédio já disciplinado. Assim, permitiu que o primeiro pedido de garantia pudesse ser ajuizado, horas depois de promulgada a Carta, na comarca de Limoeiro, no Estado de Pernambuco, com o desfecho favorável ao paciente, um funcionário municipal. E em 10 de setembro do mesmo ano do advento constitucional, a Suprema Côrte julgou o primeiro mandado de segurança submetido a seu conhecimento.

A denominação consagrada —*mandado de segurança*— excele a qualquer outra de quantas foram propostas. É sobretudo mais histórica, porque mais fiel ao desenvolvimento do direito pátrio. A expressão *segurança,* desde o direito ancestral, sempre se inseriu no conceito de defesa dos direitos individuais, quer para garanti-los, quer para restaurá-los. Conhecemos o "termo de segurança" do Código de Processo Criminal de 1832; nossos tetravós longínquos, no grandevo berço da Lusitânia de Afonso Henriques, conheceram as "seguranças reais", como também, depois, as "cartas de seguro"; e do mesmo modo em

remota origem, tal como o *amparo* figura nos forais do reino de Aragão, "mandado de segurança" brota claramente, escandidamente, das Ordenações Filipinas, no trecho evocado, ali estando escrito que o juiz, a pedido da pessoa ofendida ou que temer ofensa, expedirá "mandado"... de "segurança".

O termo *segurança* está de tal modo impregnado na tutela dos direitos individuais em todo o processo de decantação do nosso direito, que só por inadvertência, menos ao passado do que à linguagem, algum instituto brasileiro do gênero poderia deixar de contêo-lo.

O outro elemento da locução —*mandado*— não escapou à crítica de Alcalá-Zamora, que se pregunta por qué falar em *mandado* e não em *processo, juízo, sentença* ou *ação*, para acrescentar que intriga o estrangeiro pela primeira vez em contato com o instituto brasileiro, o seu nome, mais precisamente os dois substantivos que o integram, quando o segundo poderia adjetivar-se sem a menor dificuldade.

Das locuções alvitradas pelo emérito Mestre espanhol, "processo assecuratórico", "juízo assecuratório" ou "ação assecuratória" soaria com um sensabor gritante, por sua evidente lassidão. A seu turno, "recurso assecutratório" seria de uma restrição enorme, considerando que o vocábulo "recurso", na linguagem processual, pressupõe uma ação já apreciada ou uma decisão tomada, e, adjetivado, passaria a ser uma dada espécie de meio impugnatório, quando se está em face de uma dada espécie de defesa de direito ante uma dada espécie de lesão. Há evidentemente "recurso" com caráter autônomo, na linguagem do processo constitucional, mas a promiscuidade seria patente e desconveniente, sem deslembrar que a expressão "recurso" para emprego mesmo nos institutos constitucionais é energicamente combatida pelos propugnadores da "ação constitucional". E o mandado de segurança é uma ação constitucional, como o é a ação popular. Por fim, "sentença assecuratória" não seria mais que o império manifestado como fecho de uma "ação", sem falar no redundante que a locução apresenta, uma vez que, se na classificação processual nem toda ação é assecuratória, toda sentença o é.

Em nosso entender —e nisto concordamos com o eminente Alcalá-Zamora— a criação do mandado de segurança, sobretudo com a redação adotada desde 1934, dispensaria plenamente o instituto do *habeas corpus*.

A tradição do direito luso-ibero-americano, advinda em linha reta do direito romano, pende para a instituição monista de um remédio de garantia. O pluralismo é da índole do direito anglo-sexão. As Ordena-

ções, no aspecto do prefalado "mandado" de "segurança", consagravam um remédio monista. Os forais aragoneses, quatro, na verdade eram um só instituto, do mesmo modo como o *amparo* mexicano, hoje com suas cinco modalidades aplicativas. A Constituição do Império, brasileira, fortemente inspirada nos ideais da Revolução Francesa, garantia os direitos individuais e deixava à lei disciplinar as garantias. A Constituição republicana, de 1891, criando o *habeas corpus* brasileiro, apenas manteve a denominação deste, porque em verdade criou um instituto novo, um mandado de segurança, ao mesmo tempo civil e penal. O "mandado de garantia" projetado por Alberto Torres envolve, claramente, o fim a que se destinava o *habeas corpus*.

Tomem-se, porém, estas considerações na justa medida de mera divagação histórico-estrutural. Porque seria difícil, dificílimo, darmos no Brasil ao *habeas corpus* um nome brasileiro, ou proscrevê-lo da nossa sistemática jurídica, depois de uma aplicação continuada de mais de um século e meio, tanto mais quando ofuscada por eclipses que mais o impõem e o tornam impregnado na consciência do povo.

As instituições são como os idiomas. Estas nascem espontaneamente. Aquelas são criadas, ou perfilhadas, em obediência a fatos geradores de relações. E uma vez que penetram a consciêcia de um povo, assimilam-se a ele, nacionalizam-se, cedem às suas peculiaridades, renovam-se com seus anseios, e resistem tenazmente a todas as conjunturas.

O mandado de segurança, que teve no *amparo* do México a evocação exemplificativa para sua implantação, não é, no nosso ver, nem *amparo* nem qualquer dos institutos europeus similares. E o mais que, em cogitação comparativa, se pode dizer, é que ele concentra, para as nossas aspirações, os mais desejáveis princípios abrigados nas diversas garantias dos direitos individuais. Ele, o mandado de segurança, é ao mesmo tempo *mandamus*, o recurso típico para fazer-se alguma coisa, legalmente justa e do que se é impedido; *injunction*, o oposto, para não fazer; *certiorari*, o meio unificador da jurisprudência no interesse do indivíduo; *error*, recurso típico para atalhar a inconstitucionalidade; *quo warranto*, contra o abuso de poder político; e *prohibition*, contra o excesso de poder. Ele é também o ubíquo *Verfassungsbeschwerde* alemão; é o mais restrito similar recurso constitucional suiço; é o velho *Verwaltungsgerichtshof* austríaco. Ele é, finalmente, pelos muitos subsídios recebidos, o *juicio de amparo* mexicano, menos na sua condição de amparo-liberdade, porque para esse fim nós outros temos o *habeas corpus*.

Do mesmo modo como temos recebido subsídios forâneos, o man-

dado de segurança, há também subsidiado com preciosos elementos seus, e o direito comparado o atesta, muitas leis de amparo de outros povos.

5. *Lineamentos constitucionais*

Mencionando embora o *habeas corpus*, a Carta institucional de 10 de novembro de 1937 omitiu o mandado de segurança, o que, tirando-lhe o suporte constitucional, era uma evidência de previsível proscrição, a menos que um ato do execrável "Estado Novo" o definisse no contexto do regime ditatorial instaurado.

Este ato surgiu por decreto de 16 do mesmo mês, estabelecendo a eficácia da Lei n. 191, de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro, quanto aos atos do presidente da República, ministros de Estado, governadores e interventores, ou seja, a cúpula do poder despótico. Unificado o sistema judiciário, o Código de Processo Civil, de 1939, tomou o mandado de segurança como um dos trinta e oito "processos especiais" de seu Livro IV, e, por esta forma, repetiu a disposição inicial, adjetiva, da Lei n. 191, com a restrição coerente com o estado ditatorial.

Restaurado o Estado de direito, a Carta de 1946 redifiniu o mandado de segurança, o que foi mantido na vigente Constituição, de 1967, sem modificar o substância do enunciado.

Podemos agora resumir os lineamentos constitucionais do mandado de segurança, não só os pontos que se exteriorizam na própria conceituação dada pela Carta de princípios, como também os que, ou lhe resultam implícitos, ou foram estruturados neste meio século de aplicação, com o ensinamento da doutrina e a orientação da jurisprudência.

I. *O mandado de segurança vulnera o abuso de poder e o justo receio em sentido genérico.* A locução empregada no texto constitucional alcança quaisquer situações em que um agente do poder público extralimite sua função de agir, ora com *excesso*, quando fundamentado na lei, vai além das atribuições que ela lhe traça; ora com *desvio*, quando dentro da lei embora, atúa em obediência a intuito com que ela não condescenderia se encarasse objetivamente a hipótese; e sempre com *abuso*, quando, agindo em nome da lei, atúa contra a lei.

II. *O mandado de segurança é instrumento preciso de ataque à inconstitucionalidade de lei.* Ele não se detém na simples repressão dos atos antinormativos de autoridade pública. Alcançando também as situações decorrentes das normas em conflito com a Carta de princípios,

constitui-se num dos meios normais constitucionais para se obter a declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, desde que, aplicada, afete um direito líquido e certo de qualquer pessoa, ou, auto-aplicativa, venha afetar um direito idêntico de titular certo. O que se não pode é iniciar ação com o objetivo exclusivo de declarar a inconstitucionalidade, pelo motivo simplista de, processualmente, faltar a legitimação.

III. *No mandado de segurança, a locução "direito líquido a certo" só tem sentido processual,* uma vez que o direito subjetivo do titular não surge certo nem líquido; surge mediante prova documental, que necessariamente passará pelo crivo da ação específica. Então, líquido e certo é o direito objetivo de agir em juízo da garantia.

IV. *O mandado de segurança é ação interdital.* Todos os remédios visando a impedir a perturbação da ordem jurídica e condicionados a um título que por si dispense a fase processual do *condemnari oportere,* sejam de índole pública ou civil, sejam em defesa dos direitos corpóreos ou dos chamados direitos pessoais, são interditos a sua origem histórica é uma só.

No procedimentarismo moderno, toda espécie de atuação judicial que autoriza a medida liminar de fazer ou não fazer baseada exclusivamente no título, pertende à família interdital. Assim o *habeas corpus* —o principal dos interditos—; as ações de nunciação de obra nova (CPC, art. 937); de venda com reserva de domínio (art. 1071); de embargos de terceiro (art. 1051); de manutenção e reintegração de posse (art. 933). Seria uma irrisão banir o mandado de segurança dessa família.

V. *O mandado de segurança foi sempre ação judiciária civil para proteger todos os direitos coletivos.* Não decorre do comandamento constitucional seja ele um instituto com endereço exclusivo aos direitos pessoais, sem trânsito noutras searas do direito. Direitos individuais, ou fundamentais, ou coletivos, não são só direitos pessoais.

Em face da ilegalidade ou do abuso de poder por parte de autoridade pública, o mandado de segurança é evocável, sem atendimento a quaisquer restrições, a não ser a referente ao campo do *habeas corpus,* porque a lesão tanto pode manifestar-se nos direitos pessoais como nos não pessoais, e para a lesão de direito, nas circunstâncias que a Constituição previne, o *writ* é remédio cabível, desde que o abuso provenha de autoridade.

VI. *O mandado de segurança pode destinar-se a situações aparentemente específicas do "habeas corpus",* ou condizentes com a liberdade

de locomoção. Há casos em face dos quais o *habeas corpus*, amparo de menor âmbito, cede ante o mandado de segurança, de horizonte maior. Simplisticamente, pode dizer-se que é o justo receio de que venha consumar-se a privação de liberdade corpórea que faz o *habeas corpus* retomar a atuação a ele subtraída pelo mandado de segurança.

VII. *Não é o ato em si que autoriza o mandado de segurança, porém o executado em função do Poder público.* Resulta indispensável que a ilegalidade ou abuso de poder seja ou vá ser praticado por autoridade competente, ou legítima. Tal não significa dizer que a afronta cometida por autoridade ilegítima seja imune à medida de garantia, porém a ação não se dirige contra a autoridade incompetente, sim contra aquela que detém a legitimidade ou lhe é hierarquicamente superior.

Aliás, para efeito da ação de segurança, coator não é apenas a autoridade que executa o ato. Aquele que ordena, manda ou tenta executar, também se compreende agente da violação, muito embora o executante direto, ou o que vai diretamente executar, previne a competência jurisdicional para efeito da postulação.

VIII. *O mandado de segurança é aplicável contra ato de qualquer dos órgãos do Estado.* Do Poder Executivo, sempre. Do Poder Judiciário, quando em face de medidas coativas contra que não prevalece recurso com efeito suspensido, consagrado nas leis processuais, ou este seria vão por tardio. Do Poder Legislativo, quando as normas que ele elaborar, antes de cumpridas embora, atentarem contra os ditames da feitura das leis, ou contra princípios subjetivos das leis válidas, assim capazes de ferirem direitos básicos ao serem aplicadas, sem falar, por óbvio, nos atos de mera administração, peculiares à vida interna dos Corpos legislativos.

IX. *O mandado de segurança não tem só por sujeito passivo o exercente do poder de "imperium".* A não ser para considerar a competência *ratione materiae*, o mandado de segurança não distingue pessoas; mira tão-somente o ato. Se o ato é daqueles que, em não sendo transferidos, caberia ao Estado executar, gera subjetivamente um direito líquido e certo e enseja o amparo. Eis por que prevalece contra atos das pessoas naturais ou jurídicas com função delegada do Poder público.

X. *O mandado de segurança é ação constitucional que pode ser utilizada pelo próprio Estado contra o Estado.* Sempre divergimos desse entendimento, por intuirmos que dele resulta a tautologia de garantir-se o Estado contra si próprio. Adotamos o ponto de vista nutridamente

sustentado por Ignacio Burgoa, no México, quanto a pessoas morais oficiais poderem arrimar-se no *amparo*.

Em todo caso, o que sedimentava apenas como interpretação liberal da doutrina e da jurisprudência, converteu-se em comandamento constitucional, ao mencionar a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, os mandados de segurança "impetrados pela União contra os governos estaduais".

XI. *O mandado de segurança não se subordina a qualquer instância prévia reparadora.* Havendo um ato lesivo de direito, provável de plano, abre-se imediato ensejo ao pedido da garantia, sem protelação. O ingresso em juízo para reparação de ato emendável por mandado de segurança não se subordina ao exaurimento de quaisquer vias.

II. Características processuais

1. *As leis disciplinadoras*

Tendo nascido disciplinado pelo procedimento do *habeas corpus*, como já mencionamos, e assim vencendo sua primeira fase, o mandado de segurança, somente após delongado curso congressional, obteve regras próprias, por efeito da Lei n. 191, de 1936, a qual o acomodou no todo e nas minúcias, em razão do sistema processual pluralista da época.

Editado o Código de Processo Civil, com vigência a partir de 1940, o mandado de segurança nele teve abrigo como um dos procedimentos especiais, e assim conservou-se até à promulgação da Lei n. 1533, de 1951, a qual, embora desfigurada por diversas emendas, as principais delas constantes da Lei n. 4348, de 1964, permanece em vigor nos essenciais vigamentos.

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, vigente, novos pontos foram alterados, posto como a norma sobre a garantia faz remissões expressas a dispositivos do Código e ele, por mandamento genérico (art. 1211 e, interpretação extensiva, art. 1217), é sempre chamado a subsidiá-la nos princípios comuns a todas as ações.

2. *Requisitos processuais*

As regras do processo civil, no Código e na lei específica, incumbe disciplinar o mandado de segurança, impondo-se-lhes todavia fazê-lo em estrita observância aos pressupostos básicos da garantia, configurados na Constituição, porque se trata de uma ação constitucional.

Daí os requisitos processuais:

I. —*de legitimidade*— ser o postulante o sujeito passivo da lesão de direito ou em suas conseqüências ter, para o exercício da ação, interesse e legitimidade (CPC, art. 3º; Lei n. 1533, art. 1º, § 2º, e art. 3º);

II. —*de improcedência extrínsecas* (Lei n. 1533, art. 5º) — não traduzir-se a lesão em:

a) ato de que caiba recurso administrativo, independentemente de caução ou fiança;

b) despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção;

c) ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou inobservada formalidade essencial;

intrínsecas (pela condição do próprio remédio) — não se tratar:

d) de lei em tese, a menos que seja auto-aplicável;

e) de fato consumado, de impossível restauração *in natura* e só reparável por meio de ações compensatórias;

III. —*de tempestividade*— ser a postulação feita dentro de cento e vinte dias de conhecida a lesão de direito pelo paciente;

IV. —*de exercitabilidade*— preencher a petição inicial os requisitos necessários à propositura de qualquer ação (CPC, art. 282; Lei n. 1533, art. 6º).

Além desses requisitos processuais, impõem-se para o pedido de segurança os de natureza estritamente constitucional, ou de direito material, que se traduzem na titularidade, sintetizada na locução "direito líquido e certo", ou seja, a confluência dos seguintes elementos: *a)* uma obrigação de prestação do Estado ao titular (direito subjetivo em si); *b)* um descumprimento a essa obrigação, por ilegalidade ou abuso de poder; *c)* um sujeito passivo legítimo (autoridade ou ente equiparado).

No mandado de segurança, a base jurídica da ação não é a *intimação* (citação) da autoridade coatora, ou o réu na ação; é a relação processual formada entre o impetrante (autor) e o juiz, tanto assim que indispensável embora a citação, é menos importante a "presença" do demandado, ao prevenir a lei que a ação será decidida "tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora".

Feita esta advertência, meramente aclaradora, examinemos as figuras da ação de segurança: os *sujeitos* (ativo e passivo); o *julgador* em face da competência; os eventuais *intervenientes;* e o representante do *Ministério Público*.

3. *Os elementos integrantes do processo*

O Impetrante. Tanto pessoas naturais como jurídicas podem pedir mandado de segurança, desde que, tendo interesse e legitimidade, se achem no exercício de seus direitos, entendendo-se por interesse o estado de carência em que alguém se encontra para invocar a intervenção da Justiça, e por legitimidade a capacidade desse alguém para estar em juízo.

Todavia, as pessoas jurídicas de direito privado, assim as corporações civis, os sindicatos obreiros, as cooperativas, as associações só podem postular a garantia se a lesão de direito incidir sobre a corporação em si, sem ser particularmente incidente sobre os associados, um, alguns ou todos. Só então a esses, por si, incumbe postulá-la. Exceção, nesse ponto, abre-se para a Ordem dos Advogados do Brasil, dado que seu Estatuto (Lei n. 4215, de 1963) atribui à Ordem representá-la em juízo e fora dele os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão (art. 1º, parágrafo único).

Aquela restrição quer a muitos juristas parecer cediça, e a eles enfileiramos na tentativa de ser reconhecida a *legitimatio ad processum* sobretudo às associações de consumidores, como se reconhece em diversos regimes jurídicos alienígenas.

A condição de residência (na Constituição está: "brasileiros e estrangeiros residentes no País") não deve ser interpretada como excluindo da área do mandado de segurança os estrangeiros que no Brasil não tenham moradia mas onde, sendo titulares de direitos, os vejam agravados. Não é o prossuposto da residência que assegura os meios tutelares (todos os meios que a Constituição oferece), porém, tão-somente, o programa por ela declarado; e o que o Estado tutela, oferecendo remédio para garantir, é o direito em si, não o titular em si, pena de contravir o princípio de que "todos são iguais perente a lei".

Prefigura na Lei do mandado de segurança que qualquer dentre várias pessoas poderá requerer a garantia quando o agravo de direito lhes atingir; e que o titular de direito líquido e certo decorrente de direito em condições idênticas de terceiro poderá acionar em favor do direito originário se o titular não o fizer.

Trata-se de duas regras autônomas da mais inquestionável utilidade, e não são, como à primeira vista possa transparecer, disposições conexas, ou tendentes a um mesmo fim, porque as distingue a legitimação processual. Na primeira (art. 1º, § 2º, da Lei n. 1533), a lesão de di-

reito atinge "várias pessoas" e por isto há vários titulares com legitimidade para pedir a garantia. Qualquer deles poderá fazê-lo. Na segunda (art. 3º), o titular legitimado processualmente é um só. Somente ele, portanto, tem direito líquido e certo. Ocorre que a inércia desse titular em não exercitar seu direito implica uma lesão potencial de direito de outrem, beneficiário indireto de uma situação que, necessariamente, lhe seris reconhecida, mas que não pode estar em juízo por faltar-lhe a prova da lesão direta. É a lei que lhe confere, neste caso, a legitimação. O direito desse terceiro não se pode dizer ainda seja líquido e certo; todavia, é um direito amparável.

O Coator. Ao assentar que se concederá mandado de segurança contra autoridade, seja qual for, para fazer cessar a ilegalidade ou abuso de poder, a Constituição visa o ato, menos que o agente. O que importa é a reparação do agravo de direito, e para esta reparação a autoridade coatora ocupa plano secundário.

Já tivemos ensejo de esclarecer que todos os agentes de todos os três Poderes do Estado são passíveis, por seus atos antinormativos, da ação de segurança. Mas não poderia cessar aí o elenco de sujeitos passivos em face da garantia, por efeito dos desdobramentos do Estado moderno.

Se ao Estado é lícito conferir tanto a organismos autonomizados (autarquias, empresas estatais, fundações, sociedades de economia mista) como a entidades privadas (empresas e indivíduos), tarefas cuja execução lhe incumbe, o ato que seria primitivamente reservado ao Estado e que foi objeto de delegação ou contrato, é vulnerável pelo remédio de garantia, se for produto de ilegalidade ou abuso de poder. As empresas de aviação estrangeiras, autorizadas a operar no Brasil, são passíveis, por exemplo, de mandado de segurança naquilo em que contravierem, com agravo de direito individual, o objeto da autorização dada pelo Poder Público.

Ao considerar, porém, para os efeitos passivos do mandado de segurança os administradores ou representantes das entidades autárquicas a das pessoas naturais ou jurídicas com "funções delegadas pelo poder público", a lei não lhes dá o caráter lato de autoridade, limitando ditos efeitos às funções delegadas, concedidas ou autorizadas.

O juizo competente. Os mandados de segurança impetrados contra ato do presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional da Magistratura ou dos presidentes deste e daquele, do Procurador Geral da República e do presidente do Tribunal de Contas da União serão do conhecimen-

to originário do Supremo Tribunal Federal (Const., art. 119, I,*i*, com Emenda n. 7). Os impetrados contra atos dos ministros de Estado, do presidente do Tribunal Federal de Recursos ou de suas câmaras, turmas, grupos e seções, e do responsável pela direção geral da Polícia Federal serão do conhecimento do Tribunal Federal de Recursos (Const., art. 122,I,*c*).

Os pedidos da garantia contra atos das demais autoridades federais, dos administradores ou representantes das entidades autárquicas ou empresas públicas federais e, por extensão, das pessoas com funções atribuídas pelo Poder Público federal serão de conhecimento dos juízes federais, excetuados os casos de competência dos tribunais federais específicos (Militar, Eleitoral e do Trabalho) (Const., art. 125, VIII).

Não se configurando como federal a autoridade coatora, no contexto acima exposto, entende-se que o ato contra o qual se postula a garantia é de autoridade não federal, e assim a competência é a estabelecida nas diversas leis regionais de organização judiciária.

Quando o mandado de segurança erguer-se contra ato judicial, competente para conhecê-lo será o tribunal que deverá entender do eventual recurso no processo em que o ato foi praticado. E se tiver por escopo obter o cumprimento de sentença transitada em julgado, competente será o juízo a que estiver subordinada judicialmente a autoridade negligante no respectivo cumprimento.

Contra os efeitos da lei auto-aplicável, a garantia será impetrada no juízo correspondente à autoridade ou Poder de Estado que a sancionar, e se ainda a não houver sancionado, à Mesa do Corpo legislativo que a houver decretado.

Os mandados de segurança impetrados por órgãos públicos federais, contra atos de entidades públicas locais, sejam estaduais ou municipais, e por mais categorizadas que forem, compete ao juízo federal. Esta é uma regra de preferência, imperturbavelmente seguida pela jurisprudência, segundo a qual o interesse da União e dos entes assimilados se sobrepõe, em matéria jurisdicional, aos interesses dos Estados e dos Municípios, do mesmo modo como o destes últimos cede ante o interesse daqueles. O privilégio de fôro só é aberto pela Carta de princípios em favor das pessoas enumeradas nos artigos 119,I,*i*, e 122,I,*c*.

A participação Adesiva. Por efeito da Lei n. 6071, de 1974, que deu nova redação ao artigo 19 da Lei n. 1533, de 1951, "aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio", ou sejam, exclusivamente, os artigos 46 a 49. Não há mais menção à "assistência" (contida nos artigos

50 a 55), donde ser sensato entender que essa figura de participação adesiva não serve à ação de garantia, e com proveito, posto como ela é incompatível com a sumariedade que envolve o processo de mandado de segurança, tanto quanto admite o incidente da alegação de falta de interesse do postulante da assistência.

O princípio de que "a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimiento e em todos os graus de jurisdição" (CPC, art. 50, parágrafo único) se esfaz ante lei específica e posterior que manda admitir apenas o litisconsórcio nos processos de mandado de segurança. Ademais, o citado princípio não se pode dizer invulnerável, eis que a assistência não é admitida no processo de execução, segundo a mais recente jurisprudência.

A lei não fala no litisconsórcio necessário para o mandado de segurança; porém, pelo vigente Código de Processo Civil (art. 47), foi transferido ao juiz um vasto grau de discrição no que se relaciona a essa subfigura litisconsorcial. Sempre que a relação jurídica o impuser, o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários quando tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Ministério Público. Inovando o chamamento do órgão do Ministério Público para oficiar em mandado de segurança, do que não cogitavam as normas processuais antecedentes, a Lei n. 1533, de 1951, não teve o intento de dar-lhe qualidade de parte da relação, porém a de *fiscal da lei.* Deste modo, se as informações do coator são essenciais, por ser imperiosa sua intimação, porém são prescindíveis, porque a própria lei (art. 10), isto deixa claro, a intimação do Ministério Público, por seu órgão competente, é essencial e imprescindível, porque a não dispensa a lei.

Quando o Ministério Público atua agindo em nome da sociedade para a defesa da aplicação da lei —ensina Jorge Americano— a falta de sua audiência anula o feito, uma vez que a sociedade exige ser ouvida.

Pode ocorrer que, junto a sua condição de fiscal da lei, o órgão do Ministério Público exercite a de representante da pessoa de direito público interessada na manutenção do ato impugnado. Isto, entretanto, não lhe tira a condição de fiscal da lei, nem lhe dá a exclusiva qualidade de representante. E mesmo quando recorre da decisão contrária a seu ponto de vista sustentado no processo, ele oficia ainda como fiscal, em defesa do seu parecer, o que apenas por coincidência se deve interpretar como defesa do ato impugnado.

4. *A decadência do direito de pedir*

Dispõe o artigo 18 da Lei n. 1533: "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

O princípio de extinção em prazo restrito do direito de pedir mandado de segurança, além de estar na tradição dos remédios de índole interdital e, como assim, de procedimento sumário, é intrínseco do próprio *writ*, o qual só deve acudir ante violações de direito em caráter vivido, para serem provadas de plano, e não descaracterizadas ou desmaiadas pelo destempo.

O mandado de segurança é um instituto constitucional de que o indivíduo dispõe para fazer cessar incontinenti a ilegalidade ou o abuso de poder cometido por autoridade pública, se prontamente demonstrado. O direito ao remédio é, portanto, potestativo e tem, por lei, prazo certo.

Findo esse prazo, extingue-se o direito substancial à garantia, que é diverso do direito constituído pela ilegalidade ou abuso de poder, o qual, sem mais possibilidade de arrimo no mandado de segurança, pode ser perseguido por outros meios processuais.

A suposta confusão está em que todo direito, potestativo ou constituído, só pode ser encalçado por uma ação, que o assegura, porém a confusão se esvai se separarmos os tipos de ação, uma, específica, para o direito que já nasceu para ter vida num dado lapso de tempo e outra, genérica, para o direito que está constituído e que impõe reparação contra a ilegalidade ou o abuso de poder, e, deste modo, insere-se no quadro geral para que se ergue o processo como ciência —o direito de perseguir em juízo o que nos é devido.

Isto posto, dúvida não pode haver quanto a que o direito do jurisdicionado de obter mandado de segurança é suscetível de extinguir-se, de caducar, ou de entrar em cadência, ou decadência. O direito de reparação contra a ilegalidade ou abuso de poder, ao contrário, não se extingue, nem caduca, nem decai, e por isto pode ser perseguido mediante formas processuais outras, que não o mandado de segurança.

A caducidade em mandado de segurança pode ser argüida pelo coator-demandado, em suas informações; pelo órgão do Ministério Público, em sua intervenção fiscal; e pode ser pronunciada pelo próprio julgador, neste último caso extinguido o processo com julgamento do mérito (CPC, art. 269,IV).

A contagem de prazo para efeito de regra de caducidade começa do

dia em que se manifestou o ato contra o qual se insurge o titular do direito, e não da data da lei ou da disposição normativa causadora de tal ato.

Qualquer dos modos, prováveis e provados, que possam evidenciar ter tido o coacto conhecimento da lesão de direito, entende-se começo de existência do ato gravoso e autoriza abrir a contagem ao prazo caducário. Desde, porém, que não seja possível fixar o *dies a quo*, será injurídico aplicar a regra extintiva, e assim a postulação da garantia em qualquer tempo terá azo.

Em todo caso, é de advertir que somente em face das prestações positivas, traduzidas por ato comissivo, tem cabimento a regra caducária do artigo 18. Não há como cogitar de prazo quando a coação se traduz em prestação negativa, resultante de omissão, a menos que, em recurso administrativo, essa omissão se transforme em ato comissivo —manifestação positiva de *não fazer*.

Igualmente, o ato repetido, ou lesão continuada, não dá começo ao prazo caducário, se o sujeito paciente não expressar conhecimento de que está sendo agravado em seu direito. Neste ponto, ousamos discordar. Há tipos de lesão continuada, e exemplo temos na exigência de tributos inconstitucionais, que se agravam por multas acaso não satisfeitos nos prazos estabelecidos. Obviamente, o contribuinte, uma vez que paga, tomo ciência do ato lesivo de direito, mas, mesmo assim, esta ciência, em nosso entender, não importa fluência do prazo para efeito do mandado de segurança.

5. *As liminares em Mandado de Segurança*

Despachando o pedido de mandado de segurança, o juiz ou relator, conforme a competência originária seja do juízo singular ou de tribunal, poderá:

I. indeferir a petição inicial, quando não for caso da garantia ou lhe faltar algum dos requisitos exigíveis (Lei n. 1533/51, art. 8º);

II. determinar que o autor emende, ou complete, a petição inicial no prazo de dez dias, se verificar que ela não preenche os requisitos processuais (CPC, art. 284);

III. ordenar, por ofício, a terceiro ou ao apontado coator, a exibição de documento neccesário à prova, quando o autor alegar achar-se o documento em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, marcando para cumprimento da ordem o prazo de dez dias (Lei n. 4166, de 1962);

IV. ordenar, simultaneamente com a intimação (ou posteriormente), que o coator "suspenda o ato" que deu motivo ao pedido quando: *a)* for relevante o fundamento; *b)* do ato puder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida (Lei n. 1533/51, art. 7º).

Por sua vez, o presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do respectivo recurso, poderá —"ordenar ao juiz a suspensão da execução da setença" (Lei n. 1533, art. 13).

As atividades judiciais disciplinadas nos itens I e II, assim como a intimação ao coator a fim de que preste as informações que achar necessárias, são medidas jurisdicionais (CPC, artigos 2º e 126); enquanto as atuações ordenadas nos itens III e IV são medidas administrativas de juízo. Administrativa de juízo, obediente embora a outro sentido, é também a medida do presidente de tribunal, fundada no poder de polícia.

Daí decorrem quatro espécies de providência liminar em mandado de segurança: *a)* inadmissão; *b)* exibição; *c)* concessão; *d)* suspensão.

Liminar de admissão. O Código de Processo Civil estipula seja a petição inicial instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283). Não mais os dispensa, como o fazia o Código revogado, no parágrafo único do artigo 159. Por sua vez, o artigo 282 impõe como requisitos da petição inicial: a indicação do juiz ou tribunal, a que é dirigida; os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido; o pedido, com as suas especificações; o valor da causa; e as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Por traduzir-se *in natura* o objeto da segurança, nas ações da espécie inexiste possibilidade de dar-se valor real à causa; entretanto, tem sentido predominante a regra do CPC que assenta ser atribuído a toda causa um valor certo, "ainda que não tenha conteúdo econômico imediato" (art. 258).

O estatuto processual menciona a citação do réu; mas um mandado de segurança não há "citação", definida pelo Código o ato de chamamento a juízo, do réu ou interessado, a fim de se defender (art. 213); há "intimação", por ele definida como o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa (art. 234). Dar à intimação o caráter de citação contraria o espírito do mandado de segurança, uma vez que a citação, além de induzir litispendência, gera os efeitos da revelia, isto é, "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ao verdadeiros os fatos afirmados pelo autor" (art.

319), o que não ocorre com o nosso *writ*, no qual a relação jurídica forma-se apenas entre autor e juiz, e o silêncio do rúe não importa, por si, confissão.

Se a regra de obrigatória juntada de documentos probantes é estabelecida para qualquer ação, cresce de intensidade na ação de mandado de segurança, a qual, mais do que outra, faz repousar nos documentos exibidos a sorte da demanda. É a prova apresentada no ato de ajuizamento, integrando a petição inicial ou junto a ela, que caracteriza o direito líquido e certo, locução que é exclusivamente processual.

A própria tramitação brevíssima da ação de segurança, compelindo o juiz a estimá-la ou desestimá-la de logo, e não abrindo ensejo à audiência oral para fixação de pontos controversos, impõe que se faça a justificação previamente, com a inicial, e não em momento algum no correr do processo. Se a postulação não vem instruída na forma prescrita em lei, o julgador não tem como admitir a causa. Não se lhe pode exigir mentalmente um reconhecimento inopinado de leis, decretos, regimentos e regulamentos, alegados em conflito com os atos que neles deviam estar mas não estão baseados.

Observa-se no artigo 8º da Lei n. 1533 (indeferimento liminar quando não for caso de mandado de segurança) uma diretiva que, pelo fato de repousar numa conceituação, prudente mas nem por isto arbitrária, do que seja direito líquido e certo, bem pode restringir demasiado a aplicação do remédio. Já tivemos ensejo de manifestar alhures que se constiticionalmente a locução "direito líquido e certo" é supérflua, na seara processual, ao contrário, pode resultar enormemente restritiva, como conjunto de situações na dependência dos impulsos psíquicos e da capacidade intelectual do julgador. Há direitos que, certos e líquidos em substância depois de apurados por um complexo de circunstâncias que cristalizam a ação, não se ostentam assim num exame sumário. Do contrário, dispensável far-se-ia qualquer informação da autoridade coatora, em defesa de seu proceder.

Na aparente singeleza, o que o mencionado artigo 8º faz é dar ao juiz um arbítrio dilatado no aceitar a ação ou no desacolhê-la, atento ao direito líquido e certo invocado.

Não é possível evidentemente subtrair ao julgador a faculdade de considerar de plano se a espécie proposta é ou não caso de mandado de segurança, se o fato exposto tem ou não apoio num direito líquido e certo. O que se não pode admitir é, na dúvida, serem as portas do juízo apriorísticamente trancadas ao postulante, quando das informações da autoridade apontada como coatora e ou da promoção do

representante do Ministério Público bem podem surgir elementos, como não é raro ocorrer, elucidativos da controvérsia, dissipando o que, em princípio, parecera duvidoso em termos de comunicação da parte, por seu advogado, com o julgador.

Liminar de exibição. Para atalhar os casos em que o autor, ou sujeito passivo do agravo de direito, não logra obter elemento de prova, o artigo 6º da Lei n. 1533 previne que o juiz poderá ordenar, preliminarmente, a exibição de documento necessário à prova do alegado que se achar em estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão.

Convém desfazer o equívoco de que aquele dispositivo condescende com a juntada de provas depois de ajuizada a ação. É na própria petição inicial que o autor denuncia a obstância de prova e é em seu despacho acolhedor da petição inicial que o juiz manda seja exibido o documento sonegado. Logo, não é o postulante que apresenta prova a destempo e sim a autoridade demandada, ou a que retenha o documento, que é compelida e exibí-lo com o processo já em curso.

Liminar de Concessão. Admitindo o pedido de segurança, o juiz, ou o relator nos feitos originários dos tribunais, ordenará que se intime o coator, entregando-se-lhe a segunda via da petição inicial com as cópias dos documentos que a instruem, e que o coator *suspenda* o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficacia da medida, caso seja deferida (Lei n. 1533, art. 7º).

A liminar é medida administrativa de juízo; não se condiciona a requerimento da parte e é tomada no exclusivo intuito de garantir a inteireza da sentença. Por tais motivos, o juiz, no exercício de seu *officium iudicis*, pode conceder a medida liminar em qualquer tempo ou revogá-la a qualquer tempo, sempre inspirado naquele intuito cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada. E por tais motivos ela não é recorrível.

Na morfologia do juízo constitucional de garantias, a medida liminar, quando adequada, é regra; nunca munificência; nunca, como já se escreveu desprevenidamente, um favor da lei, ou um adiantamento da sentença, tal se fosse esta um saque mercantil. A pausa de seus efeitos, a revogação da medida liminar, esta sim, é a exceção, porque, assim não fosse, o interdito esvaziar-se-ia de seu suporte mais heróico.

Ao contrário, se a medida liminar é suscetível de ser revogada pelo próprio juiz, enquanto se desenvolve o juízo, pode ser decretada pelo juiz, enquanto se desenvolve o juízo, porque as premissas são as

mesmas, quer para o efeito de revogar, quer para o efeito de conceder. Ambos são incidentes processuais cuja impreclusibilidade não pode impedir o normal andamento da lide.

É mister, entretanto, que para cada uma das situações díspares haja um fundamento concreto, representado não por um motivo, que pode ser subjetivo, mas por um fato, que há de ser material. Exige-se um *fato* superveniente ao instante em que o julgador haja revogado ou se tenha omitido na concessão, ou a tenha dado.

Providência unilateral, a medida liminar concessiva não envolve prejulgamento. Vem daí que, se denegada a segurança, torna-se ela sem efeito automaticamente, e o ato controvertido pode ser ou voltar a ser executado. Doutrinador pragmático, Coqueijo Costa é suficientemente categórico ao afirmar, quanto à duração da medida liminar: procedente a ação, ela é absorvida; improcedente, ela se extingue.

Mesmo recebida a apelação com efeito suspensivo, ela não teria a virtude de fazer subsistir a ordem cautelar, ante seu lógico fenecimento. É que, apreciado o mérito do pedido e considerado este insubsistente, não pode subsistir, por óbvio, o pressuposto que teria autorizado a medida liminar, unicamente para preservar a sentença.

É certo que a jurisprudência registra julgados dissidentes deste raciocínio, mandando entender que, quando denegatória a decisão, continua tendo efeito a medida liminar até o deslinde do recurso. Discordamos dessa orientação, unicamente por entendermos que a medida cautelar não é objeto de sentença, não chega a ser motivo para determinar o alcance dela, e assim, logicamente, não se torna objeto do recurso. A medida liminar pode transpôr a edição da sentença concessiva, ou afirmativa, porque a ela se amolda, mas, ao contrário não pode remanescer à sentença denegatória, ou negativa, porque com ela conflita exatamente no fundamento que autorizou o juiz a suspender o ato reclamado ou determinar o fato omitido: a existência clara, perceptível, de um direito líquido e certo.

Não prefigurava nas diversas leis editadas para o mandado de segurança (Lei n. 191, de 1936; CPC de 1939; Lei n. 1533, de 1951) qualquer ressalva à medida liminar de estancamento do abuso de poder: noutras palavras, todo pedido da garantia podia ser coberto com a medida cautelar.

A inovação foi introduzida pelas Leis ns. 2410, de 1955, e 2770, de 1956, com referência à liberação de mercadorias, bens e coisas de qualquer espécie procedentes do Exterior. Posteriormente, outras leis se editaram (Leis ns. 4357 e 4838, de 1964; Lei n. 4862, de 1965, e Lei

n. 5021, de 1966). Delas, a que mais contundentemente feriu a medida liminar foi a Lei n. 4357, a qual, entre outras limitações, fixou em noventa dias a validade da ordem judicial prévia (sessenta dias quando em relação ao imposto de renda = Lei n. 4862) e negou a aplicação da liminar aos mandados de segurança visando a interesses do funcionalismo público.

Liminar de suspensão. Ao rol de despachos ou medidas prévias inadmissórias, exibitórias e concessórias no processo do amparo brasileiro, aduna a *ordem suspensória*, dada por autoridade judiciária superior ao juiz da causa. É o contra efeito do mandado de segurança, resultante do poder de polícia, que por esta forma foi importado pelo direito pátrio.

A ordem de suspender a execução da sentença ou do despacho liminar equivale judicialmente a uma medida liminar, porque integra os atos administrativos de juízo, embora processualmente não o seja, porque tomada por magistrado outro que não o integrante da relação processual.

Tal como as demais medidas liminares, a resultante do *polícia power* não é passível de recurso; denegado o pedido de suspensão feito pelo representante da autoridade coatora, é ela irrecorrível. Ao contrário, da medida suspensiva tomada por presidente de tribunal cabe recurso (agravo) para o órgão por ele presidido.

6. *Fase conclusiva do processo*

Procedida a intimação ao apontado coator, o serventuário em cujo cartório corra o processo, juntará aos autos a prova da entrega a este ou a certidão de recusa deste em aceitá-lo ou dar recibo (Lei n. 1533, art. 9º); findo o prazo de dez dias para o efeito das informações pelo dito coator, o serventuário remeterá o processo ao representante do Ministério Público, para que nele oficie, dentro de cinco dias (ar. 10); e, voltando os autos ao cartório, os fará conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, tenham sido ou não prestadas informações pela autoridade coatora *(id.)*.

Estará, assim, o processo pronto para ser extinto com julgamento do mérito (CPC, art. 269), e o juiz deverá fazê-lo no prazo de cinco dias, por meio da sentença —seja para acolher ou rejeitar o pedido do autor, seja para pronunciar sua caducidade.

Tecnicamente, o processo de mandado de segurança, do ajuizamento, ou protocolização do pedido, até a editação da sentença, demanda o

transcurso de trinta e quatro dias, porque, ação de ligeireza típica, tendo "prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus*" (Lei n. 1533, art. 17), o mandado de segurança só admite quatro movimentos: do autor, para apresentar o pedido; do juiz, para admiti-lo ou ao contrário negá-lo, no vestíbulo da ação, e, no final, para sentenciar; do réu, ou coator, para prestar informações, ou responder; e do órgão do Ministério Público, para oficiar. O restante daqueles trinta e quatro dias será consumido com as medidas burocráticas cartorárias. Esta visto, portanto, que a iniciativa das partes restringe-se no postular a garantia, o autor, e de prestar informações, o réu.

Sentença. Processualmente, o mandado de segurança é uma ação cujo decisório resolve todos os casos da relação de direito proposta e põe termo ao litígio do modo mais terminante.

Tomando por princípio que, conforme a resolução que demandam do órgão jurisdicional, as sentenças podem ser *declarativas* (simples ou constitutivas), *condenatórias, constitutivas* e *executivas* —classificação de Bellavitis— além de *mandamentais,* proposição de Kuttner, fica afastada de pronto, para o mandado de segurança, a classificação de sentença declaratória, posto que esta tem precípua característica a não executabilidade. As sentenças da espécie traduzem-se na existência ou inexistência de relação jurídica, e não é obviamente este o interesse da garantia para fazer regredir a violação do direito.

Também não é executiva a sentença em mandado de segurança, posto como a execução pressupõe um título executivo, traduzido em documento formal, de natureza judicial (sentença) ou extrajudicial (ato vinculado, ou contrato; ou ato autônomo, ou título cambial). O título executivo independe de conhecimento, opera por si só, e o conhecimento é exatamente ao que se propõe o processo do mandado de segurança, se encarado por inteiro, ou seja, até a sentença. O direito líquido e certo que se exige para a proposição da garantia é transitório, praticamente limita-se à admissão da demanda, e só se converte em título líquido e certo, o que é coisa diversa, por efeito da sentença. Tanto assim é que o mandado equivale ao *título executório,* tal como se mencionava na legislação revogada (Lei n. 191, de 1936, art. 10,*b*, e CPC, de 1939, art. 325,II). Não é, pois, a sentença que se baseia num título executivo, porém, ao contrário, é ela que oferece o título à execução.

Do mesmo modo que toda sentença tem conotação declarativa, também toda ela, neste aspecto, é condenatória. O que desconceitua a espécie, em nosso caso específico, é que a sentença condenatória não leva à execução, por si própria, e impõe o desdobramento do juízo para

apreciação dos vários modos pelos quais tal execução pode ser feita. A sentença que cria o título executório judicial é que dá lugar ao processo de execução, o que em gênero e grau, corresponde à antiga *actio iudicati*.

A derradeira classe diria com as sentenças mandamentais, proposta, como foi dito, pelo jurisconsulto alemão Kuttner, para encarar as decisões com as quais a autoridade judiciária, sem resolver sobre o fundo da controvérsia, porém unicamente por poder de império e com base em prova prévia, dá a outro órgão de Estado (autoridade pública) uma ordem concreta para praticar determinado ato ou abster-se da prática de determinado ato, independentemente de juízo de execução; seria o caso do *habeas corpus*.

Fosse irrelevante o fato de que a classificação de Kuttner foi desprezada por seu próprio criador, como assinala Goldschmidt, um só dos elementos dela integrantes torná-la-ia inaplicável à sentença em mandado de segurança: a irresolução do fundo da controvérsia. O mandado de segurança repousa num direito *mostrado* pela evidência de circunstâncias confluentes (direito líquido e certo), que se transforma num direito *provado* pela evidência da ilegalidade ou abuso de poder. Não mostrado de início, a ação não tem curso, porém tendo curso, e para ter o favorável desfecho, o julgador terá necessariamente penetrado o âmago da controvérsia. Nada do que foi exposto no processo do mandado de segurança quanto à ilegalidade ou abuso de poder deixou de ser apreciado na sentença. Então, não é uma ordem mandamental pura e simples, ditada apenas por poder de império, porém uma ordem fundamentada, como qualquer sentença constitutiva.

Logo, a classificação de constitutiva para a sentença em mandado de segurança não se impõe por mera exclusão.

Hoje, não há mais dúvida quanto a que a decisão que aprecia o mérito em processo de mandado de segurança reveste-se da condição de imutabilidade. Denegada a postulação, ela não pode ser objeto de novo pleito, sobretudo com arrimo no mesmo *iter iuris*. É que, se a denegação importa em não se ter reconhecido a "liquidez" e a "certeza" de um direito, não será outro pleito cujo fundamento é o "direito líquido e certo", que vá reconhecê-las. Assim, a *res iudicata*, que cristaliza a ininpugnabilidade e a inatacabilidade, não se caracteriza só na decisão estimatória, mas na desestimatória também, desde que produto de sentença definitiva final, isto é, com apreciação do mérito.

Ao prevenir que o pedido do mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito

(Lei n. 1533, art. 16), o que se quer significar, *contrario sensu*, é que não pode dispôr do mandado de segurança aquele sujeito de direito, com aquele mesmo pedido e contra aquele mesmo agente da suposta violação de direito, cuja demanda anterior fora selada por uma decisão final *definitiva*, espécie reservada ao trancamento das ações que transitaram todo o seu curso.

Se a decisão final foi da espécie *terminativa* apenas —caso do indeferimento liminar— o pedido poderá ser repetido, e eventualmente recebido, na constância de melhor prova oferecida pelo postulante.

A faculdade oferecida ao sujeito paciente da lesão de direito, de pleitear por ação própria os efeitos patrimoniais (art. 15), não reduz a condição constitutiva que se reconhece no mandado de segurança deferido, isto é, não o torna um título meramente declaratório, e muito menos contradiz o efeito da sentença.

Relatividade da Sentença. O mandado de segurança ataca o agravo de direito nos limites objetivos da relação formada, isto é, atua *inter partes* e assim só prevalece para o promovente da ação, mesmo que reconhecida inconstitucional a lei, ilegal o ato ou patente o abuso de direito a envolver outros sujeitos.

A sentença não tem, deste modo, a força de revogar no todo o ato inquinado de ilegal, e os seus efeitos julgados lesivos a um dado indivíduo que provocou a proteção judicial, podem subsistir e ter normal aplicação quanto a outro indivíduo que deixou de provocar tal tutela. Intui-se, pois, que a interferência judiciária exercita-se não quanto ao merecimento do ato, mas quanto à sua legalidade em face da relação em exame. Tal decorre de que ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional, é defeso apreciar os atos administrativos, cabendo-lhe, tão-somente, examiná-los sob o prisma dos direitos que feriram ou tendem a ferir.

Execução da sentença. A execução do mandado de segurança é direta, traduzida nas medidas determinadas pela sentença. O mandado que a sentença contém diz tudo. Diz que o destinatário deve cumprir sem tardança a ordem. E se o não fizer arcará com as conseqüências, pois terá criado um estado de atrito necessariamente surgido entre quem manda e quem não obedece.

A Lei n. 1533, no artigo 11, dispõe que, julgado procedente o pedido, a juiz transmitirá em ofício o inteiro teor da sentença à autoridade coatora. Como atrás salientamos, ela omite o *título executório*, constante da legislação revogada. E omite com propósito, porque a sentença

já é, em si, título executório, e o ofício, mencionado pela lei, é de mero encaminhamento da sentença.

A Constituição Federal inculpa como crimes de responsabilidade do presidente da República os atos que atentarem contra o cumprimento das decisões judiciárias (art. 82, VII), em regulamentação do que acorre a Lei n. 1079, de 1950, a qual se faz extensiva aos ministros de Estado, quando o ato for por eles praticado ou ordenado (art. 13, 1). Estende-a também aos governadores e secretários de Estado (art. 74). Os prefeitos municipais têm responsabilidade definida como crime pelo Decreto-lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, notadamente na espécie (incumprimento de ordem judicial) via do artigo 1º, item XIV.

Estas regras, entretanto, não cobrem os casos, evidentemente muito mais numerosos, porque se pulverizam no quase anonimato, de desobediência a mandados de segurança praticados por agentes públicos situados em outros escalões administrativos, e em face dos quais não há lei específica e a lei genérica, o Código Penal se mostra inadequado.

Execução provisória. Assenta a Lei n. 6014, de 1974, que a sentença que conceder o mandado de segurança fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Por princípio de direito intertemporal, essa Lei, de natureza especial e de dato posterior ao Código de Processo Civil, de 1973, lei geral, afasta, para efeito do mandado de segurança, o princípio nele contido (art. 475,II), que veda execução provisória às sentenças proferidas contra a União Federal, o Estado e o Município. Então, a partir daí, entende-se que toda sentença de mandado de segurança poderá ter execução provisória.

Desistência da ação em Curso. O autor, em nosso *writ*, pode desistir da ação, embora a isto se oponha o representante da pessoa de direito público interessada. Por maior interesse que ao Estado assista de dirimir as controvérsias no encaminhamento da paz social, e, no caso particular do mandado de segurança, de aferir a bitola por que se pautam seus agentes, este interesse não poderia extrapôr para obrigar alguém a defender seu próprio direito.

É bem verdade que o Código de Processo Civil, subsidiário das leis extravagantes sobre mandado de segurança, assenta no artigo 267, § 4º, que depois de decorrido o prazo para a resposta, não poderá o autor, sem consentimento do réu, desistir da ação.

Em nosso entender, não deve esse dispositivo aplicar-se ao mandado de segurança, e justificamo-nos partindo de que, em seu singularismo, a relação processual não se perfaz entre autor, juiz e demandado, porém

apenas entre autor e juiz, e se completa com o despacho deste admitindo a ação. A parte demandada, como também já o dissemos, é obrigatoriamente intimada, mas pode omitir-se nas informações e nem por isto a ação deixará de chegar a seu termo com a sentença. Portanto, é de admitir-se plenamente a desistência pelo impetrante do mandado de segurança, mesmo depois de prestadas as informações pelo coator.

Se prejuízo nenhum acarreta a desistência ao suposto agente da lesão de direito; se nenhum gravame resulta para a pessoa de direito público interessada; se o desistente vai arcar com as despesas processuais, o juiz não tem por que deixar de homologar a intenção de desistir.

7. *Os Recursos*

Genericamente, são aplicáveis às decisões em mandado de segurança todos os recursos previstos no Código de Processo Civil, uma vez que esse estatuto, no artigo 1217, uniformizou os procedimentos especiais quanto à sistemática recursal, adaptando-os ao seu sistema. Especificamente, apenas o "agravo de instrumento", por motivo técnico, e o "recurso ordinário", por proscrição constitucional (Emenda n. 1, de 1969) não se aplicam ao nosso *writ*.

Em decorrência daquele critério uniformizador, a *apelação* — manifestada em quinze dias — passou a ser o recurso contra a sentença, além de, na espécie do mandado de segurança, ser recurso também contra a decisão terminativa de indeferimento da petição inicial. (Lei n. 1533, arts. 12 e 8º.)

Apesar de ter sido eleita a apelação o recurso geral para o mandado de segurança e de serem os "embargos infringentes" cabíveis quando não for unânime o julgado proferido *em apelação*, continua prevalecendo, em jurisprudência, a Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal, que assenta não caberem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu a apelação. Esse critério, a toda evidência exdrúxulo, tem sido anatematizado por vozes da melhor doutrina, tanto mais porque, em não se admitindo os embargos, os mandados de segurança de competência originária dos tribunais tornam-se privados de recurso, ou seja, em contrariedade aos princípios universais da processualística, são decididos num só grau jurisdicional, desde que o "recurso ordinário" foi também excluído do âmbito do mandado de segurança. Isto significa que são uni-instanciais os processos de segurança pedidos contra autoridades coatoras do mais alto grau hierárquico do Estado.

8. *Sucumbência*

Tema dos mais controvertidos no estudo do mandado de segurança é o relacionado com o onus da demanda, ou seja, a chamada sucumbência. Com efeito, é regra emanada do C.P.C. e presente em seu artigo 20, que "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios"; regra geral, imperativa e que não oferece margem a contorno interpretativo.

Este princípio emana do artigo 64 do Código Processual de 1939, com a modificação introduzida pela Lei n. 4632, de 1965, que condicionava a sucumbência na parte relacionada com os honorários de advogado à ação resultante de "dolo ou culpa, contratual ou extracontratual". Daí veio a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal, para orientar: "Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança", partindo do pressuposto de que não pode haver em mandado de segurança dolo ou culpa contratual ou extracontratual.

As opiniões na matéria são divergentes, encorpadas pela autoridade dos doutrinadores. Há os que entendem devam ser suportados os encargos do pleito pela parte perdedora, ou sucumbente. Há os que inadmitem o pouso da onerosa figura no campo de garantia. E há os que entendem prevalecer o gravame em caso de sucumbimento da autoridade coatora, não porém em caso de ser vencido o impetrante.

Os que impugnam a sucumbência em mandado de segurança assentam o peso de seu contra-argumento na peculiaridade da ação, traduzida numa garantia constitucional que não pode nem deve ser confundida com a ação civil comum. Argüem que o mandado de segurança não cerceia o uso da ação judicial comum e que, utilizando-o, emprega-se uma opção pelo processo célere, tanto mais quando, decaindo neste, pode o impetrante ser vitorioso na via ordinária. Raciocinam que a autoridade coatora não é quem arcará com as despesas processuais, pois o funcionário não responde diretamente pelos prejuízos que, nessa qualidade, causar a terceiros (Constituição, art. 107). E, inclusive, sofismam com a peculiaridade da relação jurídica estabelecida nas causas de mandado de segurança, o que as torna "ação sem réu", logo não podendo haver "parte" vencida, quando se tratar de órgão público.

Em sentido oposto, os que sufragam a sucumbência em mandado de segurança argumentam que, tratando-se como se trata de uma ação na qual há vencedor e vencido, improcede afastá-lo das normas gerais processuais, a não ser naquilo em que sua natureza o exigir. Enfatizam

que inexiste em nosso direito processual o princípio de não se aplicarem as normas do Código aos procedimentos, tal como o mandado de segurança, regidos por lei especial. E deduzem que, ao estabelecer o Código caber ao vencido, seja quem for, particular ou Estado, arcar com todas as despesas da causa, inclusive honorários, cria para o vencedor o direito subjetivo ao reembolso das despesas feitas.

Finalmente, no meio termo, a terceira corrente propugna por que a sucumbência não atinja o impetrante derrotado, mas, ao contrário, o beneficie, quando triunfante, e assim raciocinam escudados em parte no fato de ser o mandado de segurança uma ação e em parte na sua condição de ser uma garantia constitucional, que está erguida precisamente para proteger o indivíduo e que não pode ceder a qualquer imposição econômica nem ser obstaculizado em seu emprego.

III. O INSTITUTO CINQÜENTENÁRIO

Nascido de um ideal jurídico que vinha cristalizando desde ao albores da República, o mandado de segurança ensaiou com a aplicação larga do chamado "*habeas corpus* brasileiro" e se tornou imperioso quando a reforma constitucional de 1926 fez refluir aquele *writ* para a su concepção bretã originária.

O advento do instituto pátrio coincidiu com a reinstauração da democracia no Brasil, e resultou de uma Carta política impregnada da cautela em resguardar de nova ditadura o Estado de direito.

Cautela vã, porquanto três anos decorridos, era implantado o "Estado Novo", de índole totalitária, o qual operou no mandado de segurança enorme restrição: inadmitia-se contra os abusos de poder praticados pelo "chefe" da Nação" e seus lugar-tenentes nos Estados, nomeados interventores. Mas, mediante engenhoso artifício, os tribunais adotaram a orientação, seguida daí por diante, de que o *remedium iuris* alveja mais o mandatário do que o mandante, mais o agente direto do abuso de direito do que o autor mental do ato injurídico.

A ditadura civil do "Estado Novo" de 1937 durou até ao término da Segunda Guerra Mundial, quando o Brasil voltou a praticar o regime democrático, pela Carta de 1946.

Nova síncope ocorreu com a implantação da ditadura militar que aluiu a ordem jurídica, de 1964 até o dia 15 de março deste ano de 1985. Neste último eclipse foram excluídos de apreciação pelo Poder Judiciário, em qualquer tipo de ação, todos os atos praticados com base nos "atos institucionais" então editados, o mais nefando dos quais,

o Ato institucional n. 5, de 1968, determinou o recesso do Poder Legislativo; a cassação de mandatos parlamentares; a supressão dos direitos políticos de quaisquer cidadãos; a suspensão de numerosas garantias constitucionais ou legais; as penas de banimento e confinação; o confisco de bens; e tornou inócuo o *habeas corpus*.

Mesmo assim, tal como à época da ditadura civil de Getulio Vargas, as Côrtes de Justiça, quase estranguladas embora pela ditadura militar dos generais, não se arrecearam em conceder mandados de segurança para corrigir os desmandos legislativos que o casuismo iliberal não estava preparado convenientemente para disfarçar.

Tem-se, pois em cinqüenta anos, desde quando implantado em 1934, abstraídos os períodos ominosos de 1937 a 1945 (Estado Novo) e de 1964 a 1985 (Revolução de 31 de março), o mandado de segurança foi aplicado, sob regime de liberdade, em apenas vinte e um anos.

Como quer que seja e apesar desses hiatos resultantes de nossa democracia intermitente, o instituto destinado a ser, no Brasil, o coroamento do verdadeiro Estado de direito, conseguiu revestir-se de características tão próprias que a Constituição democrática a ser agora elaborada não precisará acrescentar nada em seu clássico enunciado: —"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

LA CRÍTICA DE LA ILUSTRACIÓN AL SISTEMA DE LA PRUEBA LEGAL

José Ovalle Favela *

Antes de iniciar la exposición del tema, deseo expresar mi profunda satisfacción por participar en esta obra de homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio.

Desde mis años de estudiante en nuestra Facultad de Derecho he admirado el rigor y la profundidad de los trabajos de investigación del maestro Fix-Zamudio. En su libro *Juicio de amparo* encontré respuesta clara y precisa no sólo a mis dudas sobre nuestra máxima institución procesal, sino a mis inquietudes sobre los problemas fundamentales del derecho procesal. Desde la lectura juvenil de este excelente libro pude advertir una de las mayores virtudes de Fix-Zamudio como autor: tratar con precisión y sencillez temas de enorme dificultad teórica. En esta obra, la pluma de Fix-Zamudio trazaba en líneas magistrales las columnas de la teoría general del proceso y del derecho procesal constitucional.

Después tuve la oportunidad de colaborar con el maestro, como auxiliar de investigación, técnico académico e investigador. Sería imposible para mí condensar en pocas palabras el valor y el significado de esos años de aprendizaje y formación. Fix-Zamudio fue entonces no sólo el director que coordinaba las labores de una de las instituciones más prestigiadas de nuestra Universidad; el investigador infatigable que continuaba y enriquecía sus estudios sobre temas esenciales del procesalismo de nuestro tiempo; el universitario ejemplar que defendía con autoridad moral los valores fundamentales de la vida universitaria: la libertad de enseñanza y de investigación, el pluralismo ideológico, el respeto a las opiniones diferentes y la autonomía universitaria. Fue, como lo es, por encima de ello, el maestro que formaba nuevos investigadores del derecho, que impulsaba y orientaba a quienes aspirábamos a llegar a merecer ese título que él había enaltecido con

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

su fecunda labor: el de investigador universitario. Y fue también, como siempre ha sabido serlo, el amigo cabal, el hombre íntegro y generoso en quien siempre hallamos el consejo racional y la palabra de aliento; el hombre en quien adquieren dimensión concreta y real los más altos valores del espíritu. Porque el maestro era y es como esos habitantes de la isla imaginada por Thomas More, que ponen en primer término los placeres del espíritu, los placeres que se originan en el ejercicio de la virtud, como son la inteligencia y el placer que nace de contemplar la verdad; como lo es "el dulce recuerdo de un pasado bien vivido y la segura esperanza del bien futuro".[1]

No soy la persona más autorizada para opinar sobre las aportaciones del maestro Fix-Zamudio al derecho procesal. Sus trabajos han contribuido en forma fundamental al desarrollo del derecho procesal constitucional, desde su libro inicial sobre el juicio de amparo —en el que hace una estructuración procesal de éste— hasta sus obras más recientes sobre los tribunales constitucionales y la protección procesal de los derechos humanos en el ámbito nacional y comparado. Pero también han contribuido al desarrollo tanto de la teoría general del proceso —para la que ha aportado una muy valiosa clasificación del derecho procesal y profundas reflexiones sobre los conceptos fundamentales y los fines del proceso—, así como al de otras disciplinas procesales especiales: el proceso agrario, el proceso del trabajo y el proceso administrativo, entre otros, han sido objeto de estudios que ya podemos considerar clásicos.

En sus investigaciones, el maestro ha puesto de manifiesto la necesidad de utilizar el derecho comparado y de aprovechar para nuestra disciplina las aportaciones de las demás ciencias sociales, y ha demostrado cómo el estudio del derecho procesal debe ir más allá de los estrechos límites de la dogmática y de las formulaciones exclusivamente teóricas de una época afortunadamente en superación, para tratar de atender y resolver las necesidades sociales de una mejor y más efectiva justicia; cómo el trabajo de los estudiosos está hecho, según advertía Calamandrei, "no para servir al gusto arquitectónico de las abstractas construcciones sistemáticas, sino para servir en concreto a la justicia".[2]

A este maestro y amigo, a este jurista e investigador excepcional, a

[1] Moro, Tomás, *Utopía* (trad. de F. L. Cardona y T. Suero), Madrid, Sarpe, 1984, p. 123.

[2] *Cfr.*, Denti, Vittorio, *Un progetto per la giustizia civile*, Bolonia, Il Mulino, 1982, pp. 11 y 12.

este universitario ejemplar, es al que rendimos ahora nuestro más ferviente y sincero homenaje.

Para celebrar su trigésimo aniversario como investigador universitario del derecho, he dedicado este trabajo, en el que analizo las críticas que formularon los pensadores de la Ilustración al sistema de la prueba legal, las cuales contribuyeron a humanizar y racionalizar al enjuiciamiento criminal europeo.

El sistema de la prueba legal, junto con el procedimiento inquisitorio y la tortura judicial, tuvieron sus críticos desde sus orígenes. Así, ya Ayrault, desde fines del siglo XVI, criticaba el secreto y la escritura del procedimiento, la inhumanidad de los institutos y la confusión entre juez y acusador, y se pronunciaba en favor del derecho de defensa. Igualmente, Carpzov, en el siglo XVII, afirmaba que el inculpado debía tener el derecho de defenderse durante todo el curso del proceso.[3]

En el mismo siglo XVII la Bruyère protestaba contra la tortura, atribuyendo su existencia al sistema de la prueba legal, al que proponía reemplazar por un sistema de pruebas morales. También Despeisses y Lamoignon asumían la crítica a la tortura y al procedimiento inquisitorio.[4]

Pero habían sido, en todo caso, críticas aisladas o esporádicas. Es hasta el siglo XVIII cuando toman mayor relieve y vigor estas críticas, particularmente en las palabras de los pensadores de la Ilustración.

La más profunda crítica a todo el sistema penal de la época provino, sin duda, de Cesare Beccaria, cuyo libro *Dei delitti e delle pene* fue publicado en 1764 y traducido dos años después al francés por Morellet.[5] La obra tuvo gran difusión entre los filósofos franceses. Condorcet llegaría a decir: "Beccaria rechaza en Italia las máximas bárbaras de la jurisprudencia francesa."[6] Y sobre la obra del humanista

[3] *Cfr.*, Nobili, Massimo, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán, Giuffre, 1974, p. 120, n. 68, y Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882, pp. 309 y ss.

[4] *Cfr.*, Esmein, *op. cit., supra* nota anterior, pp. 209 y 348-357.

[5] La edición que hemos tenido en cuenta para hacer las citas, es la italiana a cargo de Gian Domenico Pisapia, Milán, Giuffrè, 1964. La primera edición del libro en castellano, cuya traducción fue hecha por Juan Antonio de las Casas, apareció en el año de 1774. Dicha traducción es la utilizada todavía en la edición hecha por Alianza Editorial de Madrid, en 1968.

[6] *Cfr.*, Esmein, *op. cit., supra* nota 3, p. 364. El propio Esmein da cuenta de una carta en la que el traductor francés Morellet expresaba las felicitaciones a Beccaria por su obra, de filósofos como Diderot, Helvetius, Buffon, Rousseau, Hume y D'Alambert.

italiano, Voltaire llegaría a escribir más tarde su *Commentaire sur le livre des delits et des peines.*[7]

En su célebre obra, Beccaria critica, entre otras cosas, los abusos de la detención preventiva, las acusaciones secretas, los interrogatorios sugestivos, el juramento impuesto a los acusados y el uso de la tortura. 'Un hombre —escribía Beccaria— no puede llamarse reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede retirarle la protección pública, sino cuando se haya resuelto que él ha violado los pactos con los cuales fue acordada: ¿Cuál es entonces el derecho, sino el de la fuerza, que da la potestad a un juez para dar una pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente?" [8]

Beccaria señalaba que la tortura, ese *"infame crociuolo della verità"*, es un "monumento todavía existente de la antigua y salvaje civilización cuando eran llamados *juicios de Dios* las pruebas del fuego y del agua hirviendo, y la incierta suerte de las armas"; que aquélla es el medio más seguro para absolver a los robustos malvados y para condenar a los débiles inocentes, por lo que viene a ser un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada uno en proporción a su robustez y sensibilidad; "tanto que con este método matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de las fibras de un inocente, encontrar el grado del dolor, que lo hará confesar reo de un determinado delito".[9]

Con respecto a las pruebas, Beccaria sostenía que "cuando las pruebas son independientes una de la otra, es decir, cuando los indicios se prueban por sí mismos, cuanto mayores pruebas se aduzcan, tanto más crece la probabilidad del hecho, porque la falacia de una prueba no influye sobre la otra".[10] Después se pronunciaba por la "certeza moral" de la prueba: "Pero esta certeza moral de prueba, es más fácil sentirla que definirla exactamente. Por lo que considero óptima ley aquella que establece asesores al juez principal tomados de la suerte, y no de la

[7] Hemos utilizado la versión original francesa publicada en 1776, en una fotocopia que no contenía datos de lugar ni de edición. Las citas posteriores las referiremos a esta versión. En el libro que se menciona al final de la nota 5, se incluye la traducción española del *Commentaire* de Voltaire.

[8] Beccaria, *op. cit., supra* nota 5, p. 39.

[9] *Idem*, pp. 40 y 41. Con anterioridad, La Bruyère había afirmado que la tortura era "una invención maravillosa y segura, para perder a un inocente débil, y salvar a un facineroso robusto". *Cfr.*, Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas*, prólogo de Javier Piña y Palacios, México, Ed. Porrúa, 1982 (ed. facsimilar), p. 253.

[10] *Idem*, p. 25.

elección, porque en este caso es *más segura la ignorancia que juzga por sentimiento, que la ciencia que juzga por opinión.*" [11]

Como la certeza moral es una cuestión más fácil sentirla que definirla, Beccaria considera que puede lograrla mejor un jurado popular, pues puede "sentirla" mejor que el juez profesional: "es más segura la ignorancia que juzga por sentimiento, que la ciencia que juzga por opinión." Se advierte aquí, en Beccaria, la desconfianza de los pensadores de la Ilustración hacia el magistrado profesional, parte integrante y esencial del *Ancien Régime*. En seguida aclara:

> Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste en otra cosa que en declarar verificado un hecho. Si para buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza; si para presentar el resultado es necesaria claridad y precisión; para juzgar el resultado mismo, no se requiere más que *un simple y ordinario buen sentido*, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo reduce a un sistema artificial derivado de sus estudios.[12]

Hay, por tanto, en el pensamiento de Beccaria un pronunciamiento en favor de la *certeza moral* —en contraposición a la "certeza legal"— para la valoración de las pruebas, y por la intervención del jurado popular en la declaración sobre los hechos.

También en Italia, aunque ya a finales del siglo XVIII, Filangieri hacía una crítica severa del sistema de la prueba legal:

> En ninguna parte de la legislación se manifiesta tanto la contradicción... y la poca lógica de nuestros legisladores y de los intérpretes de nuestras leyes, como en aquella que regula la prueba y los indicios de los delitos. Por poco que se abran aquellos interminables volúmenes que contienen nuestra jurisprudencia criminal, compuesta... de una absurda y mal digerida combinación de una parte de las leyes romanas, con algunos principios del derecho canónico, mezclados con la legislación de los tiempos bárbaros y alterados monstruosamente por las opiniones de los doctores, a los cuales una antigua práctica ha dado lamentablemente en nuestros tribunales vigor de ley; basta, digo, abrir estos libros del error y de la confusión para ver como una metafísica sutileza y una absurda y pueril lógica favorece, de una parte, la impunidad de

[11] *Idem*, p. 26. El subrayado es nuestro.
[12] *Ibidem*., El subrayado es nuestro.

> los delitos y, por la otra, expone la inocencia a los mayores riesgos; y, en ambos casos, pone un arbitrio funesto y despótico en las manos de los jueces.[13]

Se trata, como puede observarse, de una crítica del sistema en sus momentos decadentes. Filangieri se refiere sobre todo a la tortura, que compara y contrasta con los juicios de Dios, así como a las penas privilegiadas y al valor que se daba a la confesión. Sobre la tortura expresaba: "Si consideramos el motivo, si examinamos los efectos, si la observamos por lo que es en sí misma, por lo que puede ser en relación con los intereses de la sociedad, nosotros la encontraremos siempre injusta, siempre perniciosa, siempre contraria a los intereses de cualquier sociedad, en cualquier lugar y en cualquier tiempo."[14]

Lo interesante del pensamiento de Filangieri es que no propone la supresión total del sistema de prueba legal, sino una combinación de éste con el de la "certeza moral":

> Se debería establecer, por tanto —sostenía—, que para declarar *verdadera* la acusación, se necesitaría que la certeza moral del juez fuese unida al criterio legal; que para declararla *falsa*, debería faltar la una y la otra; y para declararla incierta, haría falta que hubiese sólo una de las dos cosas en favor de la acusación, es decir, que existiendo la certeza moral del juez, faltasen las pruebas legales establecidas por la ley o existiendo las pruebas legales, faltara la certeza moral del juez.[15]

En Francia, el crítico más agudo del sistema de la prueba legal, la tortura y el procedimiento inquisitorio fue, sin duda, Voltaire, quien escribía: "La ordenanza criminal, en numerosos aspectos, parece no estar dirigida más que a la pérdida de los acusados. ¿Esta sola ley, que es uniforme en todo el reino, no debería ser tan favorable al inocente, como terrible al culpable?"[16] Más adelante agregaba: "La ley parece obligar al magistrado a conducirse contra el acusado más como un enemigo que como un juez."[17] Y es célebre la forma como ironizaba el sistema de la prueba legal: "Se admiten de las semi-pruebas que,

[13] Filangieri, Gaetano, *La scienza della legislazione del citadino*, Génova, t. III, Ivone Gravier Librajo, 1798, pp. 219 y 220.
[14] *Idem*, p. 282.
[15] *Idem*, t. IV, p. 16 y 17.
[16] *Commentaire sur le livre Des delits et des peines*, s/l, 1776, p. 95.
[17] *Idem*, p. 99.

en el fondo, no son sino dudas, ya que, en efecto, no existen las semiverdades... se admiten cuartos y octavos, de prueba, se puede considerar, por ejemplo, una voz corriente como un cuarto, otra voz más vaga como un octavo; de suerte que ocho voces, que no son más que un eco de un rumor mal fundado, pueden convertirse en una prueba completa..." [18]

Voltaire se inclinaba por la íntima convicción, pero no dejaba de ocultar sus dudas de que ésta fuese una solución satisfactoria por sí sola. Después de describir los errores y horrores que se cometían a través del procedimiento inquisitorio, Voltaire expresaba:

> El corazón se duele, y la mano tiembla, cuando él recuerda cuántos horrores han salido del seno de las leyes mismas. Entonces, se sentiría tentado de desear que toda ley fuese abolida y que, en su lugar, no hubiese otra cosa que la conciencia y el buen sentido de los magistrados. ¿Pero quién nos responderá que esta conciencia y este buen sentido no se extraviarán? ¿No quedará otro recurso que alzar los ojos al cielo y orar por la naturaleza humana? [19]

Planteaba aquí Voltaire la cuestión central del cambio del sistema de la prueba legal al de la prueba libre; sí, abolición de las anticuadas y complejas reglas de la prueba tasada, ¿pero esto resulta suficiente?; ¿basta apelar al "buen sentido" del juzgador para sustituir el antiguo sistema? Si el nuevo sistema se definía por la negación del anterior, por la supresión de las reglas legales de valoración de las pruebas, ¿era suficiente ahora confiar en el "buen sentido" del juzgador, o era necesario establecer nuevas reglas, si bien más sencillas y precisas, que contuvieran y racionalizaran su arbitrio?

El propio Montesquieu, quien consideraba que el proceso penal no concierne sólo a los delincuentes, sino que es la garantía de todas las libertades, veía en el jurado popular inglés una institución ejemplar para la determinación procesal de los hechos: "En Inglaterra —escribía— los Jurados deciden si el hecho que ha sido llevado ante sus ojos ha sido probado o no; y si está probado, el Juez pronuncia la pena que la Ley impone para este hecho, para lo cual sólo les hace falta los ojos." Y más adelante agregaba: "Pero el pueblo no es jurisconsulto; todas estas modificaciones y temperamentos de árbitros no son para

[18] *Idem*, pp. 100 y 101.

[19] Voltaire, "Prix de la justice et de l'humanité" (1777), en *Ouvres complétes*, Paris, t. XL, Boudouin Fréres Editeurs, 1827, pp. 357 y 358.

él; se le debe presentar un sólo objeto, un hecho y solo un hecho, para que solo tenga que ver si debe condenar, absolver o volver a poner en juzgamiento." [20]

En la segunda mitad del siglo XVIII se difunden cada vez más las críticas al procedimiento inquisitorio y al sistema de la prueba legal. Las sociedades literarias convocan a concursos para analizar la legislación criminal. En 1777, la *Societé Economique* de Berna establece un premio de 1,200 francos para el autor de la mejor memoria que cubra el siguiente programa:

> Componer y redactar un plan completo y detallado de legislación criminal bajo este triple punto de vista: 1o. de los delitos y de las penas proporcionadas que se deban aplicar; 2o. de la naturaleza y de la fuerza de las pruebas y de las presunciones; 3o. de la manera de adquirirlas por la vía del procedimiento criminal, de modo que la flexibilidad de la instrucción y de las penas sea conciliada con la certeza de un castigo pronto y ejemplar, y que la sociedad civil encuentre la más grande seguridad posible para la libertad y la humanidad.[21]

El concurso es el motivo del libro de Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, en el que da respuesta a todas estas cuestiones.[22] El premio lo obtienen Von Glohig y Hulster, cuyas obras son publicadas en alemán. En el concurso también participan dos autores que después intervendrán en la revolución: Brissot y Marat.

En 1780, l'Académie de *Chalons-sur-Marne* convoca a otro concurso sobre el siguiente tema: "De los medios de atenuar el rigor de las leyes penales en Francia sin perjudicar a la seguridad pública." Los triunfadores, Bissot de Warville y Bernardi, proponen la publicidad del procedimiento, la supresión de la tortura, la plena libertad de defensa, el sistema de las pruebas morales y la instauración del jurado.[23]

Las ideas de los pensadores de la Ilustración habían sido difundidas y formaban ya el "espíritu público nuevo". Después serían registradas en los cuadernos del Tercer Estado, de 1789, e influirían en la legislación criminal de la revolución francesa.

Nobili ha advertido la contradicción en el pensamiento de la Ilus-

[20] Montesquieu, *De L'esprit des Loix*, t. I, A Leyde, Chez Les Libraires Associés, 1749, libro XI, capítulos III y IV, p. 86.

[21] *Cfr.*, Esmein, *op. cit., supra* nota 3, pp. 388 y 389.

[22] *Op. cit., supra* nota 19.

[23] *Cfr.*, Esmein, *op. cit., supra* nota 3, pp. 389 y 390.

tración, que, por un lado, intentaba someter estrictamente al principio de legalidad la actuación de los jueces, y por el otro, auspiciaba un sistema de libre valoración de la prueba. Esta concepción jurídica del iluminismo, según Nobili, por una parte exasperaba la importancia del principio de legalidad entonces asentado en la prohibición de "interpretar" la ley, como no fuera a través de una operación lógica-mecánica e impersonal de "actuación", y por el otro, entendía prevalentemente la *intime conviction*, como una "intuición" de verdad, expresada en la forma de un veredicto inmotivado.[24]

En efecto, con razón Cattaneo ha caracterizado la corriente del iluminismo jurídico por dos elementos fundamentales: por una actitud racionalista en relación con el derecho natural, y por una actitud voluntarista en relación con el derecho positivo.

> Por lo que concierne al primer aspecto —apunta Cattaneo—, el iluminismo jurídico representa una concepción racionalista de la justicia y de la moral, fundada sobre la idea de que hay principios y valores éticos absolutos, válidos para todos los tiempos y todos los lugares, que se presentan como evidentes por sí mismos para la razón humana, como verdades de tipo cartesiano; y, en conjunto, expresa una visión subjetivista del derecho natural, una concepción del derecho natural entendido como "derecho subjetivo innato", más que como "ley de la naturaleza" (idea que forma la base y la esencia de la teoría de los derechos del hombre).[25]

Por lo que respecta al segundo aspecto, a la actitud voluntarista en relación con el derecho positivo, el iluminismo tendió a sustituir las fuentes típicas de derecho común —la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina—, para establecer como fuente única a la legislación. "Tal doctrina —afirma Cattaneo— sostiene la tesis del primado de la legislación, intenta establecer un poder legislativo soberano, que tenga la misión de realizar en forma concreta y traducir en términos positivos los principios absolutos y racionales de la justicia."[26] La legislación es, para el iluminismo, la fuente única del derecho, por ser la expresión de la voluntad del legislador soberano y de la razón humana. A ella debe estar sometido el juez, quien no debe interpretarla para no distorsionarla; la única interpretación legítima de la legislación, es la que

[24] Nobili, *op. cit., supra* nota 3, p. 127.

[25] Cattaneo, Mario A., *Illuminismo e legislazione*, Milán, Edizioni di Comunità, 1966, p. 13.

[26] *Idem*, p. 14.

puede formular el propio legislador. Los jueces debían ser solamente, según la célebre expresión de Montesquieu, "*la bouche qui prononce les paroles de la Loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*".[27]

Si el iluminismo trataba de establecer de manera más rigurosa el principio de legalidad en la definición de los delitos y de las penas y la consecuente sumisión completa del juez a la ley, ¿por qué, entonces, se inclinó por el sistema de la libre valoración de la prueba, excluyendo el sistema de la prueba legal?

En este sentido, el iluminismo propugnaba un radical cambio en la posición del juez: "A un juez —apunta Nobili—, árbitro casi absoluto en la aplicación de la pena, pero *limitado* en cambio por cuanto concierne a la crítica probatoria, sustituía un juez vinculado a la letra de la ley por lo que se refiere a la tipología de los delitos y de las penas (magistrado); sustancialmente libre, en cambio, en el convencimiento sobre el hecho (jurado)."[28]

El propio Nobili intenta explicar esta incoherencia de la doctrina de la Ilustración tomando en cuenta tres factores: la doctrina del "sentido común", la distinción entre *quastio iuris y quaestio facti* y la confianza en el jurado popular.[29]

La época de la Ilustración es la de la confianza en la razón humana, en el "sentido común" del hombre normal. La verdad y el conocimiento se adquieren a través de la razón humana. Ya Kant había afirmado que:

> El iluminismo es la salida del hombre del estado de minoridad que él debe imputar a sí mismo. Minoridad es la incapacidad de valerse del propio intelecto sin la guía de otro. Imputable a sí mismo es esta minoridad, si la causa de ella no depende de defecto de la inteligencia, sino de la falta de decisión o del ánimo de hacer uso del propio intelecto sin ser guiado por otro. *¡Sapere aude!* ¡Ten el ánimo de servirte de tu propia inteligencia! Este es el lema del iluminismo.[30]

En el propio iluminismo está, pues, la confianza en la inteligencia, en la razón humana, en el sentido común. Por ello confía más en éste, que en reglas predeterminadas legalmente, para eliminar los errores y las arbitrariedades en la determinación judicial de los hechos.

[27] Montesquieu, *op. cit., supra* nota 20, p. 181.
[28] Nobili, *op. cit., supra* nota 3, pp. 130 y 131.
[29] *Idem*, pp. 131-134.
[30] *Cfr.*, Cattaneo, *op. cit., supra* nota 25, p. 69.

La distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho, de difícil planteamiento teórico y lógico, se basaba más bien sobre una instancia ideológica, que se derivaba de la teoría de la separación de poderes y que implicaba la atribución del conocimiento de las cuestiones de derecho al magistrado y la de cuestiones de hecho al jurado, como una fórmula de limitar el poder.[31]

Y, en fin, la corriente del iluminismo, que tendió a racionalizar e idealizar las instituciones inglesas, tuvo plena confianza en el jurado popular para resolver las cuestiones de hecho. Inglaterra no conoció la tortura —al menos el *Common Law*—, ni el sistema de la prueba legal, tal como se había configurado en el derecho común de la Europa continental. El jurado popular era considerado por los iluministas como una de las instituciones fundamentales sobre las cuales se basaba el régimen de libertades que prevalecía en aquel país. Rossi había dicho: "El jurado y el Parlamento inglés son las columnas de un mismo edificio." [32]

Por último, conviene aclarar que el iluminismo alemán no incurrió en la incoherencia del franco-italiano, pues sostuvo el principio de legalidad aún aplicado al régimen de la prueba. La constitución criminal de 1532 fue la fuente de una teoría del conocimiento judicial completamente elaborada que fue acogida por los iluministas alemanes. "El 'cálculo' de las pruebas legales parece, en efecto —apunta Nobili—, perfectamente congruente con la teoría entonces acogida de la relación entre ley y juez. Este último, vinculado por un sistema de reglas predeterminadas normativamente, resultaba ser un mecánico aplicador de silogismos, sea en el campo de las cuestiones de derecho, sea en el de las cuestiones de hecho." [33]

[31] Nobili, *op. cit., supra* nota 3, p. 133.
[32] *Cfr.*, Esmein, *op. cit., supra* nota 3, p. 362.
[33] Nobili, *op. cit., supra* nota 3, p. 136.

EL CONTROL JUDICIAL DURANTE LAS EMERGENCIAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Miguel M. PADILLA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las emergencias en general.* III. *Los institutos de emergencia en la Constitución nacional.* IV. *Breves reflexiones sobre el control judicial en las emergencias.* V. *Jurisprudencia de la Corte Suprema* DE JUSTICIA *de la República Argentina sobre las emergencias.* VI. *La reciente Ley No. 23.098 y un proyecto legislativo.* VII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de las emergencias ante el derecho constitucional ofrece una rica y tentadora problemática, representada por numerosas interrogantes cuya respuesta, en muchos casos, es dada por los propios textos constitucionales, pero en los restantes, y frente al silencio de aquéllos, habrá de ser aportada por la doctrina de los tratadistas y de los tribunales.

Ya desde un principio la variada terminología empleada en esta materia es muestra de su vastedad. Para describir, en efecto, los supuestos fácticos configurativos de una *emergencia,* se suman a este vocablo los de *crisis, situación de excepción, estado de necesidad* mientras que los que se ha dado en llamar *institutos de emergencia* se conocen asimismo como *estados de excepción, estado de sitio, poderes de necesidad, decretos de necesidad y urgencia, poderes de crisis,* etcétera.

A partir de aquí, un incompleto inventario de los temas relacionados con las emergencias incluye la definición de las situaciones que justifican el apartamiento de la normalidad constitucional; el procedimiento a seguir para comprobarlas o declararlas; el órgano del poder al que incumben estas decisiones; los efectos producidos por los institutos de emergencia sobre las diferentes libertades individuales, e incluso si algunas de ellas no podrán jamás ser afectadas por la medida (a este punto haré luego una referencia); cuál será el lapso de vigencia del estado de excepción, y cómo podrá ser prorrogado si fuere necesario; a qué órganos (políticos o judiciales, o a ambos) corresponde el ejer-

cicio del control de la declaración de la emergencia, sobre qué aspectos y con qué alcance, puntos todos estos de muy significativa trascendencia; en qué responsabilidades penales y políticas incurren los gobernantes que han hecho un uso desviado de la decisión en sí misma y de los actos ejecutados con motivo de ella.

Como puede advertirse, esta temática requiere un extenso y prolijo desarrollo, tanto por su interés teórico como por su importancia práctica: téngase en cuenta que en el año 1978, en la quinta parte de los más o menos ciento cincuenta Estados que forman la comunidad internacional regía un tipo u otro de instituto de emergencia, a veces desde tiempo atrás.

Por consiguiente, en esta ocasión me limitaré a un breve examen de uno solo de los aspectos mencionados, y a la luz de la normativa vigente en la República argentina y de su aplicación por los jueces: se trata del alcance del control jurisdiccional durante las emergencias.

II. Las emergencias en general

En el estado de necesidad, en una democracia, importa la existencia de un bien jurídico, la vida del Estado, tan gravemente amenazada por ciertas circunstancias que las normas jurídicas dictadas para regir durante épocas de normalidad demuestran su incapacidad para tutelarla. Por lo tanto, los órganos del poder se enfrentan a la opción de incumplir su deber o fin primordial —la supervivencia del organismo político— ateniéndose estrictamente al orden normativo vigente, o, por el contrario, alcanzar o intentar el logro de ese fin prescindiendo de las reglas jurídicas. En este concepto, se ha sugerido definir al *estado de necesidad* en los siguientes términos: "Se entiende por estado de necesidad en derecho constitucional al surgimiento de circunstancias urgentes e imprevistas que hacen indispensable, para la supervivencia del Estado, la concentración de poderes según la sola decisión del órgano beneficiario de la misma." [1]

Según se ve, esta concepción se coloca ante una hipótesis extrema: un riesgo de gran entidad para la vida misma del Estado.

Pero en una acepción más general, la configuración de una situación de crisis, de un estado de emergencia, no requiere que las alternativas se ofrezcan en forma tan drástica. *Es suficiente, pues, que ocurran sucesos fuera de lo común, de lo que es habitual en el medio respectivo,*

[1] Camus, *L'état de nécessite en démocratie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1965, p. 23 (traducción libre del autor).

sobrevenidos en forma inesperada, de corta o al menos transitoria duración, y que representan un peligro, cualquera fuere su índole, para la vida de la comunidad.

En situaciones de esta naturaleza es lógico que, a fin de responder adecuadamente a los requerimientos del bien común, pueda el Estado —más aún, deba— actuar mediante hechos y actos jurídicos orientados a esa finalidad. En concreto, esto significa que se le reconoce aptitud para limitar más enérgicamente ciertos derechos públicos subjetivos y, por ello, equivale a un ejercicio más intensivo del mal llamado "poder de policía". En el caso, la que la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina denomina "policía de emergencia".

No es este el lugar —ya lo adelanté— para estudiar las características y efectos propios de una auténtica emergencia o situación de excepción; pero conviene nada más que mencionarlos:

a) Por descontado, *la existencia de una situación crítica, de cualquier condición;*

b) Duración de la misma limitada en el tiempo, justamente por ese carácter excepcional. Una emergencia que se reputa subsistente durante decenas de años ya no es tal y en realidad constituye un factor incorporado a la realidad del país;

c) Restricción más acentuada de algunas libertades individuales, que sólo debieran ser las relacionadas con la naturaleza de la emergencia;

d) Mayor control sobre el órgano beneficiario de los poderes de crisis, es decir, el Poder Ejecutivo o gobierno, ejercido por los otros órganos políticos y por el judicial.

III. Los institutos de emergencia en la Constitución nacional

La Constitución argentina de 1853-1860 reconoce formalmente nada más que dos institutos de emergencia: uno, explícitamente declarado, que es el *estado de sitio:* el otro, implícitamente contenido en su texto, que es el *estado de guerra.*

El primero se encuentra previsto en su artículo 23:

> En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando allí suspensas las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de

las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

El otro resulta de la previsión constitucional de un enfrentamiento bélico con un enemigo exterior: "Corresponde al Congreso... 21. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. 22. Conceder patentes de corso y represalias, y establecer reglamentos para las presas. 25. Permitir... la salida de las fuerzas nacionales fuera de él" (del territorio de la República: artículo 67). "El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones... 18. Declara la guerra y concede patentes de corso y cartas de represalias con autorización y aprobación del Congreso" (artículo 86). En este último supuesto, ambos institutos pueden superponerse, dado que —como se ha visto— el ataque exterior autoriza la declaración del estado de sitio.

Pero excediendo ese marco formal, nuestra historia constitucional ha conocido la *ley marcial*, aplicada en más de una oportunidad, y el *estado de guerra interno*, que rigió entre 1951 y 1955. Faltaría añadir que la Constitución de 1949 sancionada durante la primera presidencia de Juan D. Perón y derogada en 1956, creó el *estado de prevención y alarma*, algo así como un estado de sitio de menor significación, pues era procedente "en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades privadas de la población" (artículo 34).

Además, es indispensable señalar que a partir de 1920 fueron dictadas diversas leyes que, invocando *situaciones de emergencia económica*, redujeron apreciablemente la esfera de ciertos derechos.

La Constitución formal argentina contiene previsiones acerca de: las circunstancias que autorizan el recurso a los institutos de emergencia, el procedimiento a seguir en tales casos y los efectos que originan.

a). En cuanto a las *circunstancias:* el artículo 23 menciona la "conmoción interior" y el "ataque exterior". Si este último concepto es suficientemente claro, el primero ha requerido algún desarrollo por parte de los autores, existiendo hoy consenso de que es irrelevante la condición de los episodios causante de esa conmoción (por ejemplo, hechos políticos, sociales o económicos, y aun naturales), siempre que efectivamente la ocasionan o que exista una segura posibilidad de que habrán de hacerlo.

Por su lado, los artículos 67 y 86 se refieren a la "guerra", suceso éste que no origina dudas en cuanto a su definición: debo insistir sobre ello, pues la Constitución nacional no contempla la hipótesis de una

guerra interna, si bien ante la desmentida de la trágica realidad que nuestra nación ha vivido entre 1972 y 1978, una eventual reforma constitucional debiera contener alguna previsión sobre este aspecto.

b) En cuanto al *procedimiento:* en principio, la declaración de la emergencia es atribución del Poder Legislativo (del Senado únicamente, si consiste en un ataque exterior). Únicamente durante su receso puede el Poder Ejecutivo usar de estas competencias pero con obligación de convocar al Congreso a la brevedad.

c) En cuanto a los *efectos:* en la referente a la generalidad de los derechos, el artículo 23 usa una expresión que ha sido objeto de críticas por su amplitud. El estado de sitio —dice— implica la suspensión de las garantías constitucionales. Pero, salvo alguna excepción, no se ha pretendido que todos los derechos queden en suspenso (ha de recordarse que el proyecto de Alberdi, de donde fue tomada esta disposición, decía —en su artículo 28— que quedaba "en suspenso el imperio de la Constitución"), y actualmente predomina una interpretación finalista acorde a la cual esa suspensión afecta exclusivamente a los derechos directamente vinculados con la causa o motivo de la emergencia.[2]

Es muy importante, además, tener en cuenta que la Ley Nª 23.054, de marzo de 1984, dio aprobación congresional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), cuyo artículo 27, inciso 2, veda en forma absoluta la suspensión de determinados derechos durante una emergencia; ellos son: el reconocimiento a la personalidad jurídica; el derecho a la vida y a la integridad personal; la prohibición del sometimiento a la esclavitud o servidumbre; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia y al niño; el derecho al nombre; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos.

En consecuencia, la citada frase del artículo 23 de la Constitución argentina debe ahora interpretarse ajustándose a esas limitaciones.

Por último, y en lo tocante a la libertad personal, la misma disposición constitucional prohibe al presidente de la República "condenar por sí ni aplicar penas", pudiendo sólo arrestar o trasladar a las personas "de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

En lo que atañe a las conductas seguidas por los titulares de los distintos órganos del poder en situaciones de emergencia económica,

[2] Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional,* Buenos Aires, Ediar S.A., edición 1983, pp. 458 y ss.

esto es, a lo que se conoce como "Constitución material", permiten establecer las siguientes conclusiones.

a) En cuanto a las *circunstancias:* aunque sin el empleo explícito del término "emergencia", ha de declararse la existencia de una situación crítica en ese ámbito, con grave incidencia sobre el bien común;

b) En cuanto al *procedimiento:* visto que el ejercicio del poder de policía compete al órgano legislativo, dicha declaración es de su resorte, no obstante que alguna ley ha delegado inválidamente la respectiva competencia en el Poder Ejecutivo (por ejemplo, el artículo 2 de la Ley Nº 20.680 faculta no solamente al presidente de la República sino a numerosos funcionarios a adoptar una serie de medidas muy restrictivas del derecho de propiedad, "ante una necesidad imperiosa de asegurar el abastecimiento y/o protección de "servicios", situación que, de hecho, equivale a una emergencia económica).

c) En cuanto a los *efectos:* como ya expresó, consisten en una limitación más extensa de las libertades de índole económica y social.

IV. Breves reflexiones sobre el control judicial en las emergencias

Como indiqué antes, durante los estados de emergencia debe acentuarse el contralor jurisdiccional en relación con las medidas que el gobierno adopta en ocasión de aquello: a mayor poder debe corresponder un mayor control. Así lo enseña Vanossi, expresando: "Después de enunciar estas reflexiones generales, cabe enunciar la regla general y básica que domina a la relación entre el ejercicio del poder y su correspondiente control, a saber: que a mayores atribuciones deben corresponder mayores controles; o dicho con otras palabras, que a todo acrecentamiento de la esfera del poder estatal debe acompañar un vigorizamiento de los mecanismos de control." [3]

Es oportuno, asimismo, mencionar que entre las conclusiones de un estudio llevado a cabo sobre las emergencias por la Comisión Internacional de Juristas, se dice: "El control judicial durante un estado de emergencia es esencial al concepto de un estado que como ese, representa la substitución de un normal estado de derecho por un excepcional estado de derecho, en lugar de consistir en la substitución del

[3] "El Estado de derecho en el constitucionalismo social", Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982, p. 92.

principio de legalidad por un gobierno arbitrario"[4] (traducción libre del autor).

Esa vigilancia no es, ciertamente, privativa de los órganos judiciales, desde que subsistiendo el órgano parlamentario también a él incumbe cumplirla: existe, pues, un control político que se conjuga con el jurisdiccional para velar porque el quehacer del Poder Ejecutivo, beneficiario único de los poderes de crisis, no desborde los confines constitucionales y legales. Pero, en este lugar, me reduciré a considerar algunos aspectos del control de tipo judicial y las modalidades de su ejercicio en la República argentina.

Comencemos por una advertencia de tipo general: *cuanta mayor sea la precisión con que los textos constitucionales describen las circunstancias que autorizan la declaración de una emergencia, el procedimiento para efectuarla y sus alcances o efectos —esto es, qué derechos se afectarán y de qué manera— más eficaz resultará la misión de control a cumplir por los órganos judiciales,* puesto que de esa manera se reduce la esfera de lo político, ajena a su competencia, y se ensancha la de lo jurídico, que sí le es propia.

Pero justamente queda así planteado uno de los obstáculos más frecuentemente invocados y más seriamente fundados opuestos a la actuación de los jueces en esta materia.

Porque si, en lo substancial, ningún impedimento pareciera obstruir el examen por parte de los tribunales de todo lo relativo a la regularidad del procedimiento empleado para poner en marcha el estado de excepción, como así tampoco para decidir si los actos individuales cumplidos por el gobierno durante su vigencia lesionan indebidamente o no los derechos individuales (ya porque la constitución los declare excluidos de la restricción debida al estado de emergencia, ya porque aun no siendo así se los haya limitado inválidamente), cuestión muy distinta es la de resolver si cae dentro de la competencia de los órganos judiciales analizar si concurren o no los extremos exigidos por la ley fundamental para implantar un estado de emergencia.

En la terminología de los tribunales argentinos y norteamericanos, ello ha sido considerado una cuestión política, por ende no justiciable, y esto que sucede en nuestros sistemas de una más nítida separación de poderes también se da en aquellos de tipo parlamentario, en los que esa diferenciación se atenúa. Dice así un autor:

[4] *States of emergency: their impact on human rights,* Ginebra, editado por la Comisión Internacional de Juristas, 1983.

> La habilitación "parlamentaria" (para decretar un estado de necesidad) no puede constituir el objeto de un control jurisdiccional relativo a la calificación de las circunstancias que la suscitan. En la hipótesis de empleo de dicha habilitación la decisión emana del legislador. Aun si a un juez se le encomienda el control de la constitucionalidad de las leyes, no podría pretender apreciar las circunstancias que han inducido al legislador a asumir la habilitación.
>
> Esta apreciación es indiscutiblemente una apreciación de oportunidad, su carácter es político, no jurídico, y los tribunales de ninguna manera pueden cuestionarla. Por ello, y en lo que concierne a la mencionada habilitación parlamentaria, el juez se halla por principio obligado a aceptarla, aún si ninguna circunstancia particular justifica su adopción.[5]

Más o menos cercanas opiniones de algunos autores argentinos han iniciado un replanteo de esta posición —me refiero al tema de las cuestiones políticas en general y es sólo justo señalar que a la cabeza de esta corriente se encuentra Bidart Campos. Dice este tratadista: "La retracción del control judicial en las cuestiones políticas importa, para nosotros, una construcción defectuosa que tiene vigencia en nuestra Constitución por obra del derecho judicial derivado de la Corte."[6]

Algunos tribunales han compartido esta tesitura, pero la Corte Suprema se adhiere todavía firmemente a ella.

V. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República argentina sobre las emergencias

Para desarrollar este punto, conviene adelantar alguna información relacionada con las pautas tradicionalmente invocadas y aplicadas por la Corte Suprema cuando hubo de abocarse al estudio y decisión de los muy numerosos casos en los que se cuestionaba la validez constitucional de determinadas disposiciones legales.

Aunque a primera vista ese tema parezca distante del que ahora me ocupa, podrá luego verse que existe una relación entre ambos.

Uno de esos principios cardinales se expresa así: "No es de la incumbencia del Poder Judicial juzgar acerca de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia de la ley y de los medios que ella arbitra

[5] Leroy, *L'organistation constitutionelle et les crises*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, pp. 123 y 124.

[6] Bidart Campos, *op. cit.*, pp. 780 y ss.

para lograr sus fines, y solamente lo es dable examinar si los medios elegidos por el Congreso son o no proporcionales a los fines que se propuso alcanzar" (desde, por ejemplo, Fallos, 98:30 hasta 300:642).

Este criterio ha sido aplicado no solamente para decidir en cuanto a normas dictadas en épocas o momentos de normalidad sino también cuando lo fueron para dar soluciones durante estados de necesidad: "No es del resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado *para conjurar una situación crítica...*" (Fallos, 136:170; la bastardilla me pertenece). Ya lo veremos en el apartado *B*.

Pero curiosamente, y casi a renglón seguido de reiterar esa su doctrina, muy frecuentemente al Tribunal entró a indagar —a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa a resolver para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el supuesto concreto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucionalidad, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a declarar su irrazonabilidad y por ende su repugnancia con el respectivo precepto de la carta magna.[7]

Por ejemplo, en el caso "Inschauspe", en el cual se discutía la constitucionalidad de la ley que creaba la Corporación Argentina de Productores de Carne; dijo.

> Ahora bien, no aparece en realidad, no lo ha demostrado el actor, que los medios arbitrarios por el Poder Ejecutivo y el Congreso no guarden relación con los fines que se propusieron en defensa de la ganadería nacional ni que sean desproporcionados en relación a éstos. *Por lo contrario, las razones expuestas por los miembros informantes de ambas Cámaras legislativas; la calurosa defensa de la ley públicamente hecha por todas las asociaciones ganaderas del país; la circunstancia de que no se hayan promovido otras demandas ni se hicieran otras protestas que no fueran de adhesión a la ley y de repudio a la acción intentada por muy contados ganaderos desidentes; y el aumento de los precios de las carnes que siguieron a la aplicación de la ley, que es de público conocimiento y resulta claramente de las cifras publicadas en las págs. 12 y siguientes del informe de la Junta Nacional de Carnes...* todas estas circunstancias convencen de la razonabilidad de las medidas adoptadas por la ley. (Fallos 199:531; la bastardilla es mía.)

[7] Las opiniones, citas y fallos que se exponen en este apartado han sido tomados de un trabajo del autor titulado *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

La Corte dijo primero, como se ve, que no podía analizar la eficacia de los medios elegidos para alcanzar el fin que había propuesto el legislador, y a continuación se remitió a una serie de circunstancias de hecho que, a su juicio, acreditaban suficientemente la referida eficacia.

En definitiva, surge la duda, que entiendo fundada, de si es posible pronunciarse sobre la "razonabilidad —proporcionalidad" de los medios señalados por la ley para obtener una específica finalidad, sin que irresistiblemente, tácitamente, casi involuntariamente, deba abordarse el estudio de su "eficacia".

En otros términos, ¿es intelectualmente factible opinar sobre la "razonabilidad jurídica" de una norma legal sin hacerlo, al mismo tiempo, sobre su "razonabilidad técnica"? A mi juicio, ello es imposible en la gran mayoría de los casos, por no decir la totalidad, desde que existe una como inescindibilidad esencial entre lo jurídico y lo fáctico o técnico.

Entiendo, por tanto, que la referida doctrina de la Corte Suprema ha de ser interpretada en el sentido de que no *le toca a los jueces opinar cuál de varios medios posibles es el mejor, sino el elegido por el legislador es idóneo, eficaz, adecuado y proporcionado al fin perseguido.*

Ahora bien, esta doctrina de alcances generales contiene también, aunque en germen —y de ahí la vinculación que mencioné al principio de este apartado—, el concepto de que cuando el órgano parlamentario declara existente una situación o estado de emergencia, los jueces se encuentran habilitados para examinar los hechos que a ese efecto se invocaron, con el objeto de verificar la realidad de los mismos.

De hecho, pues, entiendo que el Poder Judicial de la República Argentina ha ejercido un tácito e incipiente control sobre este primordial aspecto de los estados de necesidad, como un subproducto de un criterio más general empleado respecto de las decisiones legislativas, que en tiempos normales limitan los derechos individuales usando del poder de policía.

2) Sin embargo, y aún si se comparten las apreciaciones que acabo de formular, lo cierto es que no cabe considerarlas suficientes por sí solas para afirmar que en el sistema judicial argentino sea doctrina pacífica y explícita que los jueces puedan examinar si realmente se encuentran dadas las condiciones para que el Poder Legislativo declare un estado de emergencia.

Por ello, es preciso encarar el análisis desde otro ángulo, buscando opiniones más asertivas, y en este entendimiento ha de formularse la siguiente diferenciación:

1º *Emergencias e institutos de emergencias previstos en la constitución formal; el estado de sitio en particular.*

El principio rector en la materia lo aporta un viejo fallo del Tribunal: "El estado de sitio —dijo— lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla" (caso Alem, 1893. Fallos 65:462).

Veamos ahora qué ha sostenido y sostiene la Corte Suprema sobre los siguientes aspectos:

A) *La declaración del estado de sitio en sí mismo.* Como ya he dicho, para el Tribunal el acto —ley o decreto— en virtud del cual se implanta el estado de sitio constituye una decisión política substraída a la revisión de los jueces.

Esta es y ha sido su permanente e ininterrumpida posición desde que hubo de pronunciarse al respecto, y acaba de ratificarla resolviendo en recursos de *habeas corpus* presentados en los casos "Granada", "Cao" y "Rodríguez", el 3 de diciembre de 1985.

Mi juicio personal sobre este asunto comparte la preocupación de Bidart Campos en lo relativo a buscar que ninguna controversia quede excluida del examen judicial; pero estima que esa aspiración es irrealizable en la hipótesis de los actos declarativos del estado de sitio. Por un lado, porque son los poderes políticos quienes se encuentran en mejor situación para apreciar si se configuran las circunstancias que autorizan a recurrir a esa institución de emergencia, sin olvidar además que la potestad para hacerlo corresponde en principio al Congreso (artículo 67, inciso 19), que supone es cabal interprete de las preocupaciones e intereses de la comunidad. Si erran a sabiendas o involuntariamente, les cabrán sin duda responsabilidades políticas y aun comunes. Por otra parte, de aceptarse que cada juez de la República tuviera competencia para examinar todos los datos de la realidad que le rodea y decidir luego si existe o no "conmoción interior" en grado suficiente para justificar el estado de sitio, no puede caber duda alguna que una inevitable disparidad de criterios y juicios de valor llevaría al dictado de sentencias opuestas, con la consiguiente confusión y duda entre los particulares, al menos hasta que la Corte Suprema tenga posibilidad de pronunciarse por la vía del recurso extraordinario.

Pienso, por tales motivos, que descartándose el control judicial así pretendido, el medio más apto para prevenir las arbitrariedades del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo en el empleo de esta competencia radica, por de pronto, en fijar un plazo a la emergencia y con-

siguiente restricción de derechos, y por el otro, en acentuar las posibilidades de control del Poder Judicial sobre los actos y medidas cumplidas por aquellos con motivo del estado de sitio.

B) *Medidas restrictivas de otros derechos que no sean el de la libertad personal.* En esta materia, la jurisprudencia de la Corte ha experimentado una positiva evolución a partir del caso "Sofía", resuelto en 1959, en donde afirmó la siguiente:

> Lo que se suspende, entonces, durante la vigencia del estado de sitio son las garantías constitucionales referentes a los derechos individuales, civiles y políticos, en relación con la necesidad razonable de prevenir o reprimir la emergencia que le dio motivo ... La declaración del estado de sitio no significa constitucionalmente el naufragio de todas las garantías ni el sometimiento de todas las libertades a la discreción de los funcionarios policiales ... Deben suspenderse solamente las "garantías constitucionales" cuyo ejercicio resulte claramente incompatible, en cada caso, con la obtención de los fines respectivos. (Fallos, 243:513.)

Desde entonces, y en sus sucesivas integraciones, no ha modificado su pensamiento.

C) *Sobre la libertad física en particular: ejercicio de la facultad de arresto otorgada al presidente de la República por el artículo 23 de la Constitución nacional.* Recuérdese que conforme a este precepto, es facultad del Poder Ejecutivo, pero sólo de él, restringir la libertad ambulatoria de aquellos ciudadanos que, a su juicio, puedan representar, ya por sus antecedentes inmediatos, ya por sus actitudes y pronunciamientos presentes, una amenaza para la tranquilidad pública. En consecuencia, no podrán prosperar los recursos de *habeas corpus* interpuestos en su favor.

Pero, y esto es esencial, esa limitación a tan importante derecho no representa una pena —lo prohibe el artículo 95 de la Constitución nacional—, sino una medida precaucional, de seguridad. Además, la cláusula constitucional acuerda a los detenidos o trasladados la opción para salir del país.

En la reciente historia política argentina, ya desde 1930 pero en particular a partir de 1941, el estado de sitio se ha encontrado en vigor durante veinticinco años de ese lapso de casi medio siglo. Por consiguiente, y aunque esa circunstancia haya resultado tan negativa desde el ángulo constitucional (sin perjuicio de que en algunas ocasiones el instituto fue legítimamente empleado), ha permitido la elaboración de

una vasta doctrina judicial entorno a la atribución que comento. Puede así afirmarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha evolucionado desde los años de la década de 1960, y más aceleradamente a partir de 1976, hacia una mayor protección de la libertad personal.

a) Hasta la primera de esas épocas, el Tribunal sostenía una inteligencia del citado artículo 23 que era bastante limitativa de la libertad personal, como puede verse en este fallo: "Hallándose en estado de sitio el territorio de la República, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 11.669, el arresto de ciertos ciudadanos ordenados por el presidente de la República se halla dentro de las facultades que expresamente le confiere el artículo 23 de la Constitución Nacional, por lo que el recurso de amparo deducido debe rechazarse." (Fallos, 167:414, caso "Alconada y otros", 1933.)

Era suficiente, por tanto, para mantener el arresto, la información originada por el Ministerio del Interior indicando —con copia del respectivo decreto que los recurrentes se encontraban detenidos a disposición del Poder Ejecutivo "por razones urgentes de seguridad pública" (como se dice en Fallos, 235:682, caso "Cuello", 1957).

b) En el año 1960, al sentenciar el caso "Zárate", la Corte afirmó que era de su incumbencia examinar ciertos aspectos del empleo por parte del Poder Ejecutivo de su facultad de arresto o traslado, para controlar que no se convirtiera en una pena o se negara el derecho de opción.

En otras palabras, no se contemplaba la posibilidad de que el Poder Judicial estudiara si existía una relación entre los motivos del estado de sitio y la detención de las personas, mientras que sí se consideraba autorizado para hacerlo frente a las limitaciones a otros derechos, según la doctrina del caso "Sofía" antes recordada.

De todos modos, era un pequeño paso adelante.

c) Pocos años más tarde, al fallar el caso "Canovi" (Fallos: 278: 339, 1970), mientras la mayoría del Tribunal se atuvo a la doctrina recién expuesta, la minoría sostuvo que al conocer las causas de *habeas corpus* debían los jueces ejercer el *contralor de razonabilidad*, dirigido a verificar si las medidas de arresto guardaban relación "con los presupuestos y objetivos del artículo 23 de la Constitución Nacional".

Nótese la diferencia: hasta ese momento, el alcance del control jurisdiccional se circunscribía a comprobar que no se hubiera aplicado una pena o impedido el uso de la opción: ahora, dos de los miembros

de la Corte Suprema agregaban una importante variante; la verificación de la razonabilidad de los arrestos.

Fallos dictados posteriormente —en un caso con sólo el voto de aquella mayoría, en otros con una disidencia o con dos— mantuvieron sin embargo la doctrina expuesta en *b)*.

Estas sentencias fueron dictadas durante el gobierno *de facto* 1966-1973; pero todavía en octubre de 1975, ya con otra integración desde mayo de 1973 y bajo un gobierno *de jure*, el alto tribunal se atuvo a la misma doctrina, ahora sin ninguna disidencia. Decía, por ejemplo: "Que en el caso no se encuentran transgresiones a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Nacional por cuanto la recurrente fue arrestada en virtud del correspondiente decreto." (Fallos, 293:300, caso Cáceres de Aquino."

d) En agosto de 1977, al sentenciar el caso "Zamorano", la Corte concretó un avance de singular importancia en esta materia, expresando:

> Que para el referido control de razonabilidad (el de la "aplicación concreta de los poderes de excepción del presidente sobre las libertades constitucionales") que debe determinar a lo menos la pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio, resulta insuficiente la información del Ministerio del Interior obrante a fs. 4/6 y reiterada a fs. 21 y 29/31. Las respuestas mencionadas, por lo genéricas e imprecisas, no son válidas para la justificación del ejercicio de sus poderes constitucionales, porque el órgano político está obligado, frente a los requerimientos de los jueces competentes, a una aserción inequívoca en cada caso concreto, a fin de que éstos puedan respetar sin controversia la esfera de reserva del Poder Ejecutivo. (Fallos, 298:445.)

A mi modo de ver, no es ajena a esta ponderable evolución del criterio jurisprudencial la prolongada duración que ha caracterizado al estado de sitio en épocas cercanas y muy particularmente entre 1974 y 1973, posibilitando con ello el muy frecuente empleo de la potestad presidencial autorizada por el artículo 23 de la Constitución y la consiguiente intervención judicial.

Tales principios han sido recientemente confirmados en los pronunciamientos emitidos por la Corte en los recursos de *habeas corpus* deducidos por los ciudadanos detenidos en ocasión del estado de sitio dispuesto por decreto en octubre de 1985 (casos "Granada", "Cao" y "Rodríguez", que antes mencioné).

2º Emergencias e institutos de emergencia no previstos en la Constitución formal, es decir, aplicados al margen de ella por el gobierno e integrando así la Constitución material.

Como antes destaqué (capítulo III), en la República argentina y a partir de 1920, se apeló a los "poderes de necesidad" ante diversas situaciones críticas originadas en factores internos y externos, que afectaron a grandes factores del país.

Salvo muy contadas excepciones, las emergencias se vinculaban con la escasez de vivienda por motivos circunstanciales, y con dificultades en el establecimiento de productos de primera necesidad o en desmedidas alzas de sus precios (con obvia vinculación entre ambas manifestaciones de esas crisis de índole económica).

Para hacerles frente, el poder público dictó diversas leyes que restringieron con severidad las libertades de propiedad, de contratar, de comercio y de industria. La primera de ellas, en 1921, fue la Ley Nº 11.157 sobre alquileres, seguida luego (no es ésta una enunciación exhaustiva) por la Nº 11.741, de moratoria hipotecaria; la Nº 12.591, de abastecimiento y precios máximos; la Nº 12.771, sobre reajuste de arrendamientos rurales, el Decreto-Ley Nº 1580/43, también sobre alquileres, y las Leyes Nos. 12.830 y —en el año 1974— la 20.680, concernientes a las mismas materias que la anterior Ley Nº 12.591.

La Ley Nº 11.157 congeló el precio de los salarios y fijó plazos mínimos a los contratos de locación. Merece una mención muy especial porque marcó un viraje agudo en la interpretación de la Corte Suprema respecto de la esfera del poder de policía, adoptando a partir de entonces una acepción amplia del mismo (*broad and plenary*) similar a la de los tribunales norteamericanos, de modo tal que a los tradicionales contenidos de dicho poder (seguridad, moralidad y salubridad públicas) añadió el bienestar general o el bien común económico.

Al ser cuestionada la constitucionalidad de dicha ley, la Corte Suprema rechazó la impugnación (Fallos, 136:170, caso "Ercolano", 1922) y al fundar su decisión, enfocó su análisis sobre una serie de circunstancias fácticas que, a su juicio, respaldaban la decisión del Poder Legislativo al limitar los derechos de los locadores.

En otras palabras, el Tribunal se atribuyó —aunque sin decirlo expresamente— la potestad de verificar si realmente existían motivos para declarar una emergencia y por ello acudiera el gobierno a "poderes de crisis". Se expidió por la afirmativa, aunque del mismo modo, pudo haber llegado a una conclusión opuesta.

Así lo hizo, efectivamente, pocos años más tarde, cuando en 1925, al fallar el caso "Magno" (Fallos, 144:220), encontró que había desaparecido la emergencia habitacional invocada por el Congreso al aprobar aquella Ley Nº 11.157.

Hace más de medio siglo, pues, la Corte Suprema de Justicia se consideró competente para ejercer su control sobre la *existencia* o *ausencia* de una emergencia económica, contratando ésta su postura con la que siempre mantuvo respecto de la "conmoción interior" como determinante de la implantación del estado de sitio.

Muchos años después, en una sentencia clásica, el Tribunal recordó que:

> Según su firme doctrina, el uso de la política de emergencia requiere el cumplimiento de cuatro requisitos, a saber: *a)* Situación de emergencia definida por el Congreso (Fallos, 173:65); *b)* Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país (Fallos, 202:456); *c)* Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales (Fallos, 200:45); *d)* Razonabilidad del medio elegido por el legislador, o sea, adecuación de este medio al fin público perseguido (Fallos, 199:483) y respecto del límite infranqueable trazado por el artículo 28 en orden a las garantías constitucionales (Fallos, 68:20). Con relación al indispensable cumplimiento de estos cuatro requisitos, por cuyo intermedio se asegura la conciliación de los derechos de la sociedad y los del hombre, las facultades de los jueces son plenas y deben ser ejercidas con celo proporcionando a la magnitud de los bienes jurídicos comprometidos. (Fallos, 243:472, caso "Russo, año 1959.)

Reténgase lo expresado en el punto *c)*. "Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales y sociales ...", en relación con lo que pocas líneas más abajo se agrega: "Con relación al indispensable cumplimiento de estos cuatro requisitos... las facultades de los jueces son plenas y deben ser ejercidas con celo proporcionado a la magnitud de los bienes jurídicos comprometidos..."

O mucho me equivoco, o esta afirmación importa tanto como sostener que los jueces pueden investigar los datos que les proporciona la realidad socioeconómica del país, y si de resultas de ello comprueban que ha desaparecido la "situación de emergencia", están habilitados para no aplicar la correspondiente legislación.

Aun cuando no he podido localizar otras sentencias similares dictadas por la Corte, entiendo que en este informe acerca de la jurisprudencia

argentina en materia de estados de emergencia debía incluir un comentario como el que he formulado porque, a mi juicio, respalda la tesis de que en lo concerniente a situaciones de excepcionalidad, nuestro más alto tribunal se reserva la posibilidad de ejercer un control más amplio que tratándose del estado de sitio.

Vuelvo a decir que, sin coincidir con la tesis que promulga la plena revisibilidad judicial de la declaración de los estados de emergencia, sí pienso que debe admitirse tal posibilidad respecto de la cesación de las medidas de excepcionalidad, cuando la ley pertinente no les ha fijado término.

VI. La reciente Ley Nº 23.098 y un proyecto legislativo

Considero que el rápido estudio realizado quedaría incompleto si omitiera referirme a dos elementos que no hace mucho agregaron un importante aporte a este debate.

1) El primero de ellos, consiste en un proyecto presentado en mayo de 1985 por el diputado Jorge R. A. Vanossi reglamentando el estado de sitio, cuyo artículo 3 faculta al Poder Judicial a ejercer el control de casualidad y razonablidad de la duración del estado de sitio, a pedido de cualquier habitante de la nación, cuando los hechos demuestren en forma inequívoca y suficientemente probada que las causas que determinaron la emergencia constitucional han dejado de existir en el caso concreto.

2) El segundo de los hechos mencionados consiste en la sanción de la Ley Nº 23.098, a fines del año 1984, regulatoria del ejercicio del recurso de *habeas corpus*.

En cuanto nos interesa, incluye un artículo 4 que en lo pertinente dice: "*Estado de sitio*. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *habeas corpus* podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio..." A primera vista, esta disposición legal pareciera innovar por completo en la inconmovible doctrina sustentada por la Corte Suprema (conf. cap. V, apartado B, punto 1c, a).

Sin embargo, la lectura del debate parlamentario no arroja ninguna luz sobre este interrogante, planteado por un legislador de la oposición e insuficientemente aclarado por el propio autor del proyecto. Ha de recurrirse, entonces, a la primera sentencia en que, debatiéndose la procedencia de varios recursos de *habeas corpus*, expuso la Corte su inter-

pretación de aquella norma (me refiero a los ya mentados casos "Granada", "Cao" y "Rodríguez").

En lo pertinente, dijo el Tribunal:

> El juicio de legalidad al que remite el artículo 4 de la citada Ley Nº 23.098 no ha de versar, pues, sobre las características de la situación en la que se proclama el estado de sitio sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad ... Esto es, excluido, el examen de fondo —o sea lo atiende a la apreciación de los hechos determinantes del acto— resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en el cual queda incluído lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativo del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son el plazo expreso y la determinación del lugar, puntos estos reiteradamente considerados en la jurisprudencia del Tribunal.

Comentado este fallo en una nota a publicarse próximamente en el diario *La Ley*, opiné lo siguiente:

> Confieso que me resulta difícil imaginar hipótesis vinculadas a la primera situación descripta en este párrafo: "modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativos del estado de sitio." Si la Corte ha querido aludir a defectos formales en el trámite de la ley respectiva (falta de quórum o de mayorías, por ejemplo) o en el decreto (ausencia de refrendo ministerial), bien sabido es que siempre ha entendido ser estas cuestiones políticas, por ende no justiciables: mal podría entonces examinarlas el juez ante quien se dedujo la denuncia de *habeas corpus*. Pero en lo que atañe a las otras condiciones mencionadas en la frase citada (plazo expreso y determinación de lugar), la primera sólo es requerida por la Constitución para el supuesto ataque exterior, por lo cual su omisión no afectaría, en la inmensa mayoría de los casos, la "legitimidad" que estoy considerando. En cambio, así es preciso especificar el *lugar*, requisito que se desprende del artículo 23.

Puede así, comprobarse que el artículo 4, inciso 1, de la Ley Nº 23.098, a pesar de su redacción, no constituye —en opinión de la Corte Suprema— una novedad en esta materia.

VII. Conclusiones

Es sin duda aventurado calificar como "conclusiones" a las que pudieran extraerse de tan cortas reflexiones acerca de un asunto de singular importancia.

A pesar de ello, y aun provisionalmente si se quiere, me atrevo a proponer las siguientes:

1º Al Poder Judicial no le es dado verificar si se encuentran reunidos los extremos fácticos requeridos por la Constitución o por las leyes para implantar estados de emergencia, por ser ello atribución privativa de los poderes políticos.

2º La declaración del estado de emergencia o de necesidad, efectuada por el Congreso o por el Poder Ejecutivo —si para ello estuviere habilitado— debe fijar un plazo de duración a la misma, que si es necesario podrá ser luego prorrogado mediante similares procedimientos.

3º Si aun antes de concluir dicho plazo desaparecen en forma notoria las causas determinantes de la emergencia, o si no se hubiere fijado ninguno, los jueces pueden abocarse al examen de los hechos a fin de resolver si es razonable el mantenimiento de la emergencia.

4º Los jueces poseen competencia para examinar la razonabilidad de las medidas adoptadas para hacer frente a la emergencia, esto es, si existe una adecuada proporción de medio a fin. Este analisis implica, como es obvio, que durante las emergencias solamente pueden limitarse más enérgicamente aquellos derechos vinculados a su origen; además, y para los estados que ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha de tenerse en cuenta la prohibición que establece su artículo 27, inciso 2.

5º El Poder Judicial puede asimismo controlar si media una relación entre el comportamiento de una persona física o jurídica y la restricción a alguna de sus libertades emanada de la legislación de emergencia.

AÇÕES COLETIVAS PARA A TUTELA DO AMBIENTE E DOS CONSUMIDORES

(A lei brasileira nº 7,347 de 24 de julho de 1985)

Ada PELLEGRINI GRINOVER *

SUMÁRIO: I. *A lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, e seus antecedentes.* II. *Interesses coletivos e interesses difusos propiamente ditos: distinção.* III. *Abrangência da lei: tutela de certos interesses difusos.* IV. *Objeto dos interesses difusos: bens indivisíveis e divisíveis.* V. *Abrangência da lei: tutela de bens indivisíveis.* VI. *Fixação do âmbito de aplicação da lei.* VII. *A legitimação ativa: MP, outros órgãos públicos, as associações. A "representatividade adequada". A legitimação do cidadão à ação popular (lei nº 4.717, de junho de 1965). A legitimação passiva.* VIII. *A coisa julgada "erga omnes". Inexistência de coisa julgada material em caso de insuficiência de provas.* IX. *Outros controles instituídos pela lei.* X. *Objeto da ação: condenação à indenização do dano coletivo. Condenação à obrigação de fazer ou não fazer. Medidas liminares e sua suspensividade. A execução específica e a multa diária.* XI. *Questões suscitadas pela lei: a tutela de outros interesses difusos. Os poderes processuais das associações. A legitimação do indivíduo à ação. As ações coletivas perante as demandas individuais para o ressarcimento dos danos pessoalmente sofridos: coisa julgada, conexão, suspensão prejudicial da causa.* XII. *A recente lei e a futura construção jurisprudencial. Possibilidade de novas intervenções legislativas. Problemas de direito material e processual. O Anteprojeto que complementa as disposições da lei nº 7.347/85, criando a ação coletiva para a reparação dos danos individualmente sofridos.*

I

Ale n. 7.347, de 24 de julho de 1985, marca indiscutivelmente um expressivo passo do legislador brasileiro na via das ações coletivas para a defesa de certos interesses difusos, e precisamente daqueles que dizem a respeito ao ambiente "lato sensu" [1] e aos consumidores. Os trabalhos legislativos haviam começado em 1984 com o projeto de lei n. 3.034, apresentado pelo deputado Flávio Bierrenbach por proposta de Cândido Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Junior, Kazuo Watanabe

* Profa. titular da Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.

[1] V. *infra*, n. 6, nota 12.

e da autora deste comentário. Um novo projeto do então Ministro da Justiça Abi-Ackel, substituindo-o, retomou depois as linhas do primitivo projeto e se transformou, com algumas diferenças, na lei hoje vigente.[2]

E é exatamente da nova lei, de suas soluções e das questões que poderá suscitar que nos propomos traçar algumas considerações.

II

Sejam-nos consentidas, antes, algumas breves observações a respeito de certas distinções úteis à delimitação da abrangência da nova lei.

Em primeiro lugar, parece oportuno remarcar a distinção entre interesses coletivos e interesses difusos propriamente ditos.[3] Embora considerando ambos meta-individuais, não referíveis a um determinado titular, a doutrina designa como "coletivos" aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família os entes profissionais, o próprio sindicato dão margem ao surgir de interesses comuns, nascidos em função de uma relação —base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite sua identificação. Por interesses propriamente difusos entendem-se aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, baseiam-se sobre dados de fato genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: como habitar na mesma região', consumir iguais produtos, viver em determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos.

Ora, se é certo que o ordenamento brasileiro já oferecia algumas solu-

[2] V., da autora, "Proteção ao meio ambiente e ao consumidor" (lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985)" in *Seleções Jurídicas,* Advocacia Dinâmica, Janeiro, 1986, pp. 22 e ss. Na Itália, v. da Autora "La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nel sistema brasiliano", in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1984 e "La nuova legge brasiliana sulla tutela dell'ambiente e del consumatore", in *Riv. dir. civ.,* 1985.

[3] V., entre muitos, Barbosa Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", in *Temas de direito processual,* São Paulo, Saraiva, 1977, p. 110 e ss.; Pellegrini Grinover, "A problemática dos interesses difusos" in *A tutela dos interesses difusos,* coordenação da autora, Max Limonad, São Paulo, 1984, p. 29 e ss. Na Italia, a distinção havia sido claramente traçada por Recchia. "Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione", in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato,* Giuffrè, Milão, 1976, pp. 38/39 e por De Vita, "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese", *idem,* pp. 350/351.

ções para a tutela jurisdicional dos interesses coletivos, para os denominados interesses difusos o sistema legislativo, preso a conceitos tradicionais e individualistas, não apresentava soluções satisfatórias. A ação popular e a lei ambiental n. 6938, de 31 de agosto de 1981, apresentava diversos inconvenientes,[4] pelo que doutrina e jurisprudência já se empenhavam em construções que reconhecessem legitimação ordinaria às formações sociais,[5] quando sobreveio a lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

III

A lei cuida sem dúvida dos interesses difusos propriamente ditos.

Isso se extrai não apenas da natureza mesma dos bens tutelados: ambiente e direitos dos consumidores, objeto característico dos interesses difusos. Mas sobretudo de regime da coisa julgada, que opera "erga omnes", sem possibilidade de exclusão de alguns sujeitos, com o que evidentemente se transcendem os limites de uma sentença circunscrita a uma coletividade juridicamente delimitada.

IV

Outra observação prévia concerne aos sujeitos e ao objeto dos interesses difusos. Quanto aos primeiros não há dúvida quanto à indeterminação dos titulares, característica essencial desses interesses. E tanto assim é que justamente a isso se faz remontar a distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, a não ser que se reformule inteiramente o conceito clássico de direito subjetivo, centro e eixo do sistema jurídico clássico.

Mas para o objeto, há de ser revista a afirmação que o considera em qualquer caso como um bem de natureza indivisível, pelo que a satisfação de um sujeito implicaria necessariamente a de todo o grupo, ao mesmo tempo em que alesão a um dos componentes da coletividade indicaria ofensa a todos os seus membros.[6] Isso pode ser verdadeiro, e o é, quanto ao bem coletivamente considerado, tanto assim que a doutrina

[4] Remetemos mais uma vez o leitor ao nosso artigo "A tutela jurisdicional", *cit.*

[5] Além do mencionado trabalho, v. Watanabe, "Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir" in *A tutela dos interesses difusos*, *cit.*, pp. 85 e ss. e a jurisprudência referida no mesmo volume (pp. 199 e ss.).

[6] Barbosa Moreira prefere falar em "hipótese de indivisibilidade do objeto". Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", in *Estudos em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, Saraiva 1982, p. 211).

havia proposto que se aplicasse à matéria a disciplina do código civil e do código de processo civil sobre as obrigações indivisíveis, de modo a conferir legitimação concurrente a cada cointeressado.[7] Mas, quando se pensa no prejuízo causado ao bem coletivo, resulta claramente que a lesão a esse bem pode significar, simultaneamente, ofensa ao bem coletivamente considerado (direito ao ambiente, à saúde coletiva, à informação correta) e lesão aos diversos bens de que são pessoalmente titulares os componentes do grupo.

E isto é inevitável, quando se considere que os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva.[8]

V

A lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, tutela exclusivamente os bens coletivos indivisivelmente considerados.

Essa afirmação nã espelha apenas a "mens legislatoris", o que poderia acontecer quando se remontasse ao projeto Bierrenbach, que se limitava a disciplinar o artigo 14 da lei ambiental n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, cujas disposições se atinham à legitimação do MP para os danos provocados "ao ambiente". Mas o fato é que a nova lei, seguindo o projeto original, prevê ações civis que tendam à condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer ou ao ressarcimento do dano; e, neste último caso, a indenização é destinada a um fundo que deverá utilizá-lo na efetiva reconstituição dos bens lesados.

De outro lado, a lei não prevê qualquer forma de rateio da indenização entre as pessoas individualmente ofendidas, nem uma "fluid recovery" do tipo daquela das "class actions" norte-americanas,[9] razão pela qual não se poderia sequer pensar, em um sistema baseado no princípio da legalidade, numa diversa destinação da reparação.

[7] V. Barbosa Moreira, *op. e loc. cit.* Na Itália a mesma solução Fora sugerida por Costantino, "Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile", in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Pádua, Cedam,' 1976, pags. 234/5, com o apoio de Proto Pisani, "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innazi al giudice civile ordinario", *idem*, pp. 278/9.

[8] Cappelletti, "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", in *Riv. dir. proc.*, 1975, pp. 368/9; Vigoriti, *Interessi collettivi e processo; la legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milão, 1979, pp. 21 e ss.

[9] Sobre a "fluid recovery", uma espécie de resíduo não reclamado, cuja aplicação a finalidades diversas, conquanto conexas ao interesse em jogo, é admitida pela jurisprudência, v. Cappelletti, *op. cit.*, pp. 395/6.

Exatamente por isto, a lei poderá ser facilmente aplicada seja ao ambiente seja aos consumidores, somente quando se trate de condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer. Mas, em caso de indenização, a nova lei dificilmente poderá servir para os objetivos dos consumidores, além de hipóteses circunscritas, como aquela de uma reparação que cubra as despesas de contrapropaganda necessárias para neutralizar a propaganda enganosa.[10]

Indivíduos pessoalmente prejudicados, quer no campo das lesões ao meio ambiente, quer naquele dos consumidores, terão portanto que valer-se das ações individuais comuns, servindo-se das vias ordinárias ou dos juizados de pequenas causas.[11]

VI

Pode-se assim precisar o campo de abrangência da lei: cuida ela da tutela jurisdicional de interesses difusos propriamente ditos, relativos ao ambiente em sentido lato [12] e aos consumidores, em sua dimensão coletiva e indivisível, mediante ações civis [13] que tendem a uma condenação à obrigação de fazer ou não fazer ou a uma indenização, exclusivamente utilizável para a reconstituição dos bens lesados.

Dito isto, passamos a examinar os principais aspectos da nova lei.

VII

Em primeiro lugar, a legitimação para agir.

Esta é atribuída, concorrentemente e de forma autônoma, ao MP que, embora integrando o Poder Executivo, usufrui, na quase totalidade dos

[10] Lembre-se que a lei francesa de 27 de dezembro de 1973 (Loy Royer) prevê a condenação à divulgação de um ou mais anúncios retificadores da propaganda enganosa, às custas do condenado (art. 44-II, 6º parágrafo). V. sobre o assunto De Vita, "La tutela giurisdizionale...", *cit.*, pp. 377 e ss.

[11] V. sobre a matéria o volume "Juizado especial de pequenas causas" coordenado por Kazuo Watanabe, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1985. O comentário à lei sobre a denominada "justiça menor" foi publicado, na Itália, pela *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985 ("La giustizia minore in Brasile", da autora).

[12] Alei, no art. 1º, refere-se, além dos consumidores e do meio ambiente, aos bens o direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[13] O Projeto Bierrenbach também previa a legitimação concorrente, mas não autônoma, das formações sociais à ação penal (necessariamente separada, no Brasil, da civil), permitindo quer que se postassem ao lado do MP como litisconsortes, quer que promovessem a ação em caso de inércia do órgão público: tudo segundo os esquemas tradicionais do código de processo penal, mas estendendo às associações o conceito de "ofendido".

Estados federados, de autonomia e independência satisfatórias; a outros entes públicos, também paraestatais, da União, dos Estados e dos Municípios; e às associações que, constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil, incluam em seus objetivos institucionais a tutela dos bens indicados pela lei (art. 5º).

A "representatividade adequada", importantíssimo dado para a escolha dos legitimados às ações coletivas,[14] é portanto exclusivamente fixada na base dos mencionados critérios legais, enquanto o projeto Bierrenbach havia preferido combinar critérios próprios das "class actions" e da "civil law", confiando ao juiz, caso a caso, o exame discricionário da adequação e da capacidade do portador do interesse, e indicando a pré-constituição e as finalidades institucionais como simples dados que seriam tomados na devida consideração. Todavia, é de se lembrar que a lei prevê em qualquer caso a intervenção do MP, ainda que como mero "custos legis", com o que se atenuam ao menos em parte os riscos da falta de "representatividade adequada".

Ao MP a lei atribui, antes de tudo, a faculdade de instaurar um inquérito administrativo preliminar, que lhe permita recolher os dados necessários à formação de seu convencimento sobre o fundamento da pretensão; e, na linha do inquérito administrativo conduzido pela polícia para a ação penal, o MP pode chegar ao seu arquivamento, através de um sistema de controles internos. Arquivamento que, porém, não exclui o acesso à justiça dos outros entes ligitimados, devendo nesta hipótese o MP necessariamente intervir como "custos legis". O resultado, portanto, é sempre a participação de MP, ora como autor exclusivo, ora em litisconsórcio com os co-legitimados, ora como parte imparcial. É interessante notar que o sistema de controles da lei obriga o MP, mesmo quando mero "custos legis", a assumir a titularidade da ação, em caso de abandono ou desistência da causa por parte do primeiro autor, assim como a promover a execução da sentença condenatória, na hipótese de inércia das mencionadas entidades. O que pode despertar alguma perplexidade, quando o MP se tenha inicialmente orientado no sentido do arquivamento do inquérito, porquanto não convencido dos fundamentos da pretensão. Não se compreende, de outro

[14] V., por todos, Cappelletti, "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", in *Le azioni a tutela di interessi collettivi, cit.*, pp. 200 e ss. que fala em "adeguati rappresentanti" e Vigoriti (*Interessi..., cit.*, pp. 145 ss.) que utiliza a expressão "adeguati portatori dell'interesse superindividuale". Para a adequacy of representation" nas "class actions", v. especialmente o autor citado por último, *idem*, pp. 271 e ss.

lado, porque as mesmas faculdades não venham asseguradas aos outros entes públicos e às associações, como dispunha o projeto Bierrenbach, que para tais fins contemplava a via dos editais.

Quanto à legitimação ativa, é de se lembrar que a nova lei não exclui a ação popular, prevista no artigo 153, §31 da Constituição, de que é titular o cidadão no gozo dos direitos políticos, com a finalidade de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas. Como já se notou,[15] a expressão constitucional adapta-se a muitas hipóteses de tutela de interesses difusos, sobretudo por obra de lei n. 4.717, de 26 de junho de 1965, que, ao fixar o conceito de "patrimônio", transcende o âmbito dos interesses pecuniários, para nele compreender, com uma alteração legislativa de 1977 (lei n. 6.513), os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico. Por essa razão, a ação popular tem sido frequentemente utilizada e certamente continuará sendo-o-para a proteção do meio ambiente, para a preservação de valores estéticos e culturais e em matéria edilícia, sempre que o ato lesivo promane da administração pública.

Passando agora à legitimação passiva, vale lembrar que a lei n. 7.347 permite a intervenção, como litisconsortes do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art. 5º § 2º): associações, portanto, constituídas para defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam frequentes as oportunidades em que os interesses, institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo.[16]

É preciso dizer, finalmente, que a lei não se preocupa em estabelecer se a legitimação às ações coletivas é de natureza ordinária ou extraordinaria. Antes assim, não só porque a legitimação parece diferente quando se trate de órgãos ou entes públicos e de associações; mas também porque essa discussão não concerne ao legislador mas sim à doutrina, que cada vez mais se vai firmando no sentido da legitimação ordinária das formações sociais que ajam em juízo para a defesa dos próprios interesses institucionais.[17]

[15] Barbosa Moreira, "A ação popular" *cit.*; Pellegrini Grinover, "A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro" in *A tutela dos interesses difusos*, *cit.*, pp.177 e ss.

[16] A importância da questão foi remarcada por Denti, "Aspetti processuali della tutela dell'ambiente", in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente a si consumatori*, Giuffrè, Milão, 1978, p. 63; e posteriormente retomada por Vigoriti, *Interessi collettivi...*, *cit.*, pp. 98 e ss.

[17] V., na Italia, Vigoriti, *op. cit.*, p. 145 e ss, o qual fala em uma legitimação

VIII

Correlata à questão da legitimação para ações coletivas, é aquela da coisa julgada, cujo regime depende da escolha entre conferir a titularidade da causa a todos os membros da coletividade, separadamente, ou entao apenas à alguns dos portadores dos interesses difusos. Coerentemente com esta última escolha e com a busca da representatividade adequada, o legislador brasileiro estabeleceu a coisa julgada "erga omnes" (art. 16).[18]

Todavia, embora não chegando propriamente a uma coisa julgada "secundum eventum litis", a solução da lei reporta-se ao regime da coisa coisa julgada da ação popular constitucional: isto é, a autoridade da sentença têm efeitos "ultra partes", quer em caso de procedência, quer de improcedência; salvo, porém, quando o juiz expressamente declare o "non liquet" por insuficiência de provas, hipótese em que a sentença não produz a coisa julgada material, podendo a ação ser renovada, ainda que com idêntico fundamento, desde que fundada em provas novas. Essa solução mostrou-se plenamente satisfatória para a ação popular, em mais de vinte anos de aplicação da lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, visando a evitar a colusão que se poderia estabelecer entre as partes, com o grave risco de formação de um julgado de improcedência com eficácia "erga omnes".

Tenha-se bem presente que a nova lei trata somente do dano coletivamente provocado a bens indivisíveis, de modo que a solução legislativa parece ser efetivamente a melhor. Diversa poderia ser a situação quanto à reparação aos indivíduos, pessoalmente prejudicados pelo dano coletivo: mas a isto voltaremos mais adiante.[19]

IX

Além dos controles consistentes na intervenção, sempre obrigatória, do MP no processo; na possibilidade de litisconsórcio, ativo e passivo, quer por parte de outras associações legitimadas, quer por parte do

ordinária "sui generis" "perchè essa presenta motivi e tracce della legittimazione straordinaria" (p. 150); e, no Brasil, Watanabe, "Tutela jurisdicional", *cit.*, pp. 90 e ss. e Pellegrini Grinover, "A tutela", *cit.*, p. 68.

[18] V., as interessantes observações de Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Cedam, Pádua, 1978, pp. 170 e ss., sobre a coisa julgada "ultra partes" na "class action", baseada essencialmente no esquema representativo, capaz de assegurar a defesa judiciária de todos os interessados (pp. 177-178).

[19] *Infra*, n. XII.

poder público; no prosseguimento do processo, em caso de abandono ou desistência da causa e na instauração da execução da sentença condenatória, com a legitimação subrogatória do MP; e, finalmente, no particular regime da coisa julgada, a nova lei inspirou-se na legislação da ação popular, corregindo-a onde necessário para uma série de outros temperamentos, de modo a garantir às partes e à coletividade contra as pressões, a colusão e os possíveis abusos: a punição da lide temerária, mediante sanções rigorosas aplicáveis aos directores sociais (art. 17, parágrafo único), a condenação nos honorários de advogado, equitativamente fixados pelo juiz, no caso de pretensão manifestamente infundada (art. 17, "caput"). Mas, para não desencorajar às formações sociais, foi estipulada a dispensa da antecipação das custas processuais e dos honorários de perito (art. 18); e, mesmo na hipótese de improcedência, a isenção do pagamento de honorários advocatícios, ressalvados os casos mencionados. A lei ainda prevê a requisição de documentos ao poder público, ao qual fixa um prazo de 15 dias (art. 8), cuja inobservância pode configurar crime, punido com pena detentiva e com multa considerável (art. 10).

X

Como já foi dito,[20] o objeto da ação não fica limitado à expressão econômica da reparação, mas é estendido à condenação nã obrigação de fazer ou não fazer, com a expressa previsão de ações cautelares (art. 5º) e de medidas liminares no interior da própria causa (art. 12). Além disso, a lei estabelece um novo regime para a execução específica que, se inobservado o preceito, autoriza meios subrogatórios como o impedimento da atividade nociva: cria-se, assim, uma sanção de direito material alternativamente à tradicional pena de multa que, no caso, do meio ambiente e dos consumidores, acabaria recaindo sobre a própria coletividade, pelo correlato aumento de preços. A escolha entre a execução específica e a multa diária, quando esta for considerada suficiente ou mais compatível, cabe, independentemente de pedido do autor, ao juiz, que pode assim afastar-se, na execução, do princípio da demanda (art. 11).

Em contrapartida, a lei estabelece a supensividade da execução das medidas cautelares e da sentença definitiva, não apenas a critério do mesmo juiz, mas também do tribunal de 2º grau, em caso de dano irreparável (arts. 14 e 12, parágrafo 1º). Buscou-se assim, no interior

[20] V. *supra*, n. V.

da própria lei, o sistema de freios e contrapesos antes alcançado mediante o mandado de segurança contra atos jurisdicionais.[21]

XI

Assim traçado o âmbito da nova lei e indicadas suas principais características, parece oportuno levantar alguns problemas que sua aplicação certamente deverá suscitar, a serem resolvidos em via interpretativa.

Em primeiro lugar, temos que nos perguntar se a nova lei poderia ser aplicada, para além da tutela dos bens por ela mencionados, a outros interesses difusos.

A jurisprudência mais recente vinha reconhecendo às formacãoes sociais legitimação ordinárias às ações coletivas propostas em defesa dos respectivos interesses institucionais.[22] Nessa linea de raciocínio, as associações deveriam ser admitidas em juízo também para a tutela de outros interesses difusos, malgrado o veto presidencial à expressão contida no projeto Abi-Ackel (art. 1º, II e art. 5º, I). E os instrumentos oferecidos pela lei n. 7.347 poderiam assim ser aplicados, em via analógica e integrativa, a outras ações coletivas. Sempre que o legislador não intervenha antes com relação ao art. 6º GPC[23] ou até mesmo sobre o texto constitucional.[24]

Uma segunda dúvida atinente às associações diz respeito aos poderes que a lei lhes atribui. Estes são mais limitados em confronto com

[21] Sobre o assunto, v. Watanabe, Mandado de segurança contra atos judiciais, in "Controle jurisdicional", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1980, pp. 89 e ss. V. Tambèm o trabalho da Autora publicado na Itália, "La tutela preventiva delle libertà: habeas corpus e 'mandado de segurança' ", in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milão, vol. II, tomo I, Giuffrè, 1984, pp. 605 e ss., especialmente p. 617.

[22] Além da jurisprudência mencionada no volume *cit.* "A tutela dos interesses difusos", deve ser lembrado o Acordão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul mandado de segurança n. 584 040745, julgado a 9 de abril de 1985) reconhecendo a legitimação das formações sociais idôneas, constituídas para a tutela do meio ambiente, às ações previstas na lei n. 6938, de 31 agosto de 1981, apesar desta referir-se apenas à legitimação do MP.

[23] O art. 6º CPC trata da legitimação extraordinária, possível só quando a lei autorize alguém a pleitear em nome próprio direito alheio. O Anteprojeto de reforma do código de processo civil, a presentado pelo então Ministro de Justiça à Presidência da República em 9 dezembro de 1985, sugere um acréscimo à disposição do artigo 6º, para legitimar os entes públicos e privados ao ingresso em juízo para defesa dos interesses supraindividuais incluídos em suas finalidades.

[24] Entre as várias propostas já avançadas, existe a de incluir no futuro texto constitucional a garantia da legitimação dos corpos intermediários às ações coletivas para defesa de interesses metaindividuais.

o projeto Bierrenbach, que facultava sua intervenção sucessiva no processo para recorrerem a decisões contrárias ao autor, para assumirem a titularidade da causa ao lado do MP em caso de desistência ao abandono e para promoverem a execução da sentença, junto com o órgão público, na hipótese de inércia do autor. Mas, embora a nova lei reserve a mencionada subrogação ao MP, é possível que disposições análogas da lei da ação popular sirvam de base para estender ás associações a faculdade de intervenção.

Também a legitimação do indivíduo à ação poderia ser sustentada, apesar do silêncio da lei, por parte de quem entendesse aplicáveis aos interesses difusos indivisíveis as regras dos códigos civil e de processo civil.[25] Deve ser observado, porém, que a jurisprudência até agora não se mostrou sensível a esse argumento [26] e que a nova lei, legitimando os entes públicos e as associações, para as quais exige precisas condições, parece levar em conta uma certa "representatividade adequada". Note-se, ainda, que nas "class actions" do sistema norteamericano a legitimação do indivíduo somente é admitida no quadro da "adequacy of representation",[27] por força da questão constitucional ligada à coisa julgada "erga omnes".[28] E isto pode despertar dúvidas quanto à legitimação de qualquer membro da coletividade, para além daquela do cidadão à ação popular, mantida na conformidade da lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, mas comprimida nos limites das demandas propostas contra os atos da administração pública.[29]

Importantes questões deverão suscitar as ações coletivas no cotejo com as causas individuais para a reparação dos danos individualmente sofridos. Não há dúvidas de que a coisa julgada "erga omnes", de que trata o art. 16 da lei n. 7.347/85, não poderá ser transportada às ações individuais, porquanto diverso é o objeto das demandas. O julgado da ação coletiva não poderá portanto constituir senão um importante elemento de convicção para o segundo juiz, que não ficará a ele vinculado.

Quando contemporaneamente propostas as demandas de que esta-

[25] V., *supra*, n. IV e nota 7. Barbosa Moreira sustenta seu ponto de vista também à luz da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 ("La protección jurisdicional de los intereses difusos: evolución reciente en el derecho brasileño", conferência proferida em Mar del Plata, a 11 de outubro de 1985, ao ensejo do XIII Congreso Argentino de Derecho Procesal, a ser publicado na *Rev. Uruguaya derecho procesal*, 1986.

[26] As decisões que reconheceram a legitimação do indivíduo às ações para adefesa de interesses difusos não se referem à teoria das obrigações indivisíveis: v. *A tutela dos interesses difusos*, volume coordenado pela autora, *cit.*, pp. 210 e ss.

[27] Rule 23-a das "Federal Rules of Civil Procedure".

[28] Assim Vigoriti, *Interessi...*, *cit.*, p. 272.

[29] V., *supra*, n. VII e nota 15.

mos tratando, poder-se-ia colocar a questão de uma eventual conexão entre elas, reconhecível quando se aceitasse uma interpretação mais ampla do que a indicada pelo art. 103 CPC, como preconiza Barbosa Moreira.[30]

Em qualquer caso, haveria um nexo de prejudicialidade entre as duas causas e o juiz poderia determinar a suspensão das causas individuais até a decisão da ação coletiva, nos termos do art. 265 CPC.[30a]

XII

A lei é demasiadamente recente para dar ensejo a construções jurisprudenciais. Ainda se aguardam as primeiras decisões sobre a matéria, que certamente se avolumará nos tribunais, paralelamente á organização das formações sociais e à tomada de consciência dos entes públicos legitimados. Como já se escreveu a propósito da nova lei, a abertura da via processual não é suficiente, por si só, para assegurar as finalidades que o legislador se propõe, sendo necessária a vontade política de atingi-las. Mas também se notou que frequentemente o dado jurídico serviu como elemento propulsor do movimento de transformação da sociedade.[31]

Mas se de um lado pode ser conveniente aguardar os primeiros resultados concretos da lei e as respostas da jurisprudência e da doutrina à problemática por ela suscitada, de outro lado é importante aproveitar o momento legislativo particularmente favorável que vive atualmente o país para impostar corretamente algumas questões, quer de direito material,[32] quer de direito processual.

[30] O art. 106 CPC considera duas causas conexas quando tenham em comum o objeto ou o fundamento. Barbosa Moreira sugere a superação dos limites do art. 103 CPC, para efeito da admissibilidade da reconvenção, onde não se haveria de exigir a identidade dos elementos de individualização das ações, mas sim a correta avaliação dos interesses em jogo *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*, tese vitoriosa de concurso à cátedra, 1979, especialmente pp. 139 e ss. e 167 e ss.

[30a] O dispositivo determina a suspensão do processo quando a sentença dependa da disaão de outra causa, ou da declaração de relação jurídica que constitua objeto principal de outro processo pendente (IV, *a*).

[31] Barbosa Moreira, "La protección jurisdicional de los intereses difusos", *cit.*

[32] Com relação ao meio ambiente, a lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, já prevê uma espécie de responsabilidade objetiva, independente da existência de culpa (art. 14). Faltam, pelo contrário, disposições análogas para o consumidor assim como inexistem, no ordenamento brasileiro, regras que determinem a responsabilidade direta do produtor com relação às pessoas prejudicadas pelo produto. Neste sentido, o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, também integrado pela autora destas

Neste campo, basta pensar na conveniência de uma determinação prevendo a preferência da reparação das pessoas individualmente lesadas sobre aquela devida ao bem coletivo, quando insuficiente o patrimônio do devedor para fazer face aos dois tipos de indenização. E também na importância de ser forjarem ações coletivas para a reparação dos danos individualmente sofridos, em uma realidade sócio-econômica como a brasileira, em que a intervenção dos corpos intermediários pode significar não apenas uma nova forma de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também um notável elemento de conscientização política.

Para essas ações, a resposta da "civil law" poderia ser a condenação genérica que se ativesse a fixar a responsabilidade pelos prejuízos causados, com as subsequentes liquidações pessoais, em que se provaria o prejuízo individualmente sofrido e o seu montante.[33] Neste caso, a coisa julgada do processo regulado pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, poderia servir às ações de reparação individual, mas somente "in utilibus",[34] de forma a não prejudicar o ressarcimento individual.

E mesmo no interior das própias ações coletivas para a reparação

notas, apresentou, por intermédio do então Ministro da Desburocratização, um anteprojeto de lei à Presidência da República, a 7 de janeiro de 1985.

[33] Não muito diferente é o esquema das ações individuais subsequentes à denominada sentença normativa, nas controvérsias coletivas do processo do trabalho (art. 872 CLT).

[34] Numa reestruturação dos esquemas tradicionais, indispensável à tutela jurisdicional dos interesses difusos, também são de rever as clássicas posições contra o julgado "secundum eventum litis": (v., entre muitos, Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, Nápoles, 1923, p. 924; Betti, E.; *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Foro it, Roma 1936, p. 603 e p. 619, nota 58; Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, rep. Milão, Giuffrè 1960, p. 12 (nota 10) e p. 58 (nota 47). De resto, já Allorio observava não merecer o princípio as críticas que lhe eram endereçadas, embora reconhecendo que às derrogações à proibição deveriam resultar de uma norma legal ou, ao menos, de indícios da vontade de lei neste sentido: *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milão, 1935, p. 272. Mais recentemente foi preconizado que o princípio da eficácia "secundum eventum litis" fosse tomado em séria consideração, conquanto em contraste com o atual ordenamento italiano (G. Pugliese), "Giudicato Civile" (dir. vig. in *Enc. dir.*, vol. XVIII Giuffrè Milão, 1969, p. 889). Carpi *(L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milão, Giuffrè, 1974, pp. 347 e ss., e nota 128) observa que a orientação pela qual um terceiro pode aproveitar-se de um julgado favorável sem ficar sujeito ao contrário encontra concreta atuação em normas específicas, passadas e presente, italianas e estrangeiras (particulares referências às "class actions" encontram-se a págs. 351-352). Denti, pelo contrário, sustenta que o julgado "secundum eventum litis" seria solução próxima às técnicas do ordenamento italiano, mas insatisfatória nas ações coletivas ("Aspetti processuali", *cit.*, p. 65). No mesmo sentido Luiso, para as "class actions": *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Giuffrè, Milão, 1981, p. 210, nota 319.

do dano individual, parece que o regime da coisa julgada teria que ser diverso daquele instituído pela nova lei e, antes ainda, pela lei da ação popular, embora se reconheçam alguns inconvenientes na coisa julgada limitada aos casos de procedência.[35] Tudo depende, em última análise, do efetivo conhecimento e da possibilidade de intervenção que se conseguissem assegurar aos interessados. E, uma vez mais, do rigoroso controle sobre a "representatividade adequada" dos legitimados. Mas sem perder de vista o "justo ponto de equilíbrio entre as exigências contrapostas de economia dos juízos e de tutela do direito de defesa".[36]

Exatamente nesta ordem de idéias, desenvolvemos estudos, em colaboração com o grupo de juristas autores do Projeto Bierrenbach,[37] apresentados ao Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, o qual também contribui para seu aperfeiçoamento.[38] Disso resultou o Anteprojeto de lei oferecido pelo Ministro da Desburocratização, Paulo Lustosa, ao Presidente da República, aos 5 de fevereiro de 1986, complementando as disposições da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e criando a ação coletiva para a reparação dos danos individualmente sofridos.

Lê-se da Exposição de Motivos do referido Anteprojeto:

> 2. Os dois primeiros artigos do Anteprojeto cuidam de completar e aperfeiçoar o texto da lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.
>
> No art. 1º, trata-se de aplicar a tutela jurisdicional a autros interesses difusos precisamente caracterizados, de primordial importância na nossa sociedade e cuja ausência de solução, a nível coletivo, cria conflitos de massa que se constituem em grave fator de perturbação social.[39] Em correspondência aos novos interesses,

[35] V., por todos, Vigoriti, "Interessi collettivi", *cit.*, p. 112, com a observação de que anão oponibilidade aos terceiros do julgado de rejeição de demanda não apenas frustraria a necessidade de uniformidade de efeitos da declaração judicial concernente ao interesse coletivo, mas também imporia ônus excessivo à parte contrária, obrigada a defender-se em juízo por inúmeras vezes, sem poder opôr a eficácia de um julgado que lhe fosse favorável. Note-se, porém, que esses inconvenientes seriam menores nas ações coletivas para a defesa de interesses divisíveis, em que de qualquer modo deixando as coisas como estão a coisa julgada ficaria circunscrita às partes.

[36] Assim Proto Pisani, "Appunti preliminari" *cit.*, p. 815. Em sentido análogo, Taruffo, "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'", *Riv. dir. proc.*, 1969.

[37] V. retro, n. 1.

[38] A Comissão do Conselho que examinou e aprovou o Anteprojeto é constituida, além da autora destas linhas, por Fábio Konder Comparato, Frederico Renato Mottola, Aristides Janqueira Alvarenga, Renato Tucunduva Jr. e Wágner Gonçalves.

[39] Trata-se dos interesses difusos: *a)* dos mutuários, depositantes, titulares de con-

a ação pode ser de qualquer natureza (enquanto a lei nº 7.347 só se refere à condenatória), como se faz necessário, por exemplo, para os contribuintes tributários.

O art. 2º estende a legitimação ativa a órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos bens e direitos tuteláveis, mas desprovidos de personalidade jurídica (como, v.g., os "Procons"); e com relação às associações, exige como requisito para a legitimação a declaração de utilidade pública, numa aferição de sua seriedade e representatividade, tanto mais necessárias na medida em que a coisa julgada "erga omnes" da lei pode prejudicar o interesse coletivo de terceiros. Em contrapartida, os co-legitimados podem intervir no processo, ao lado do Ministério Público, para assumir a titularidade da ação, em caso de desistência ou abandono de causa, ou para executar a sentença condenatória, na hipótese de inércia do Autor, podendo ainda recorrer da sentença desfavorável: tudo nos moldes do previsto na lei nº 4.717/65 sobre a ação popular.

3. A partir do art. 3º, o Anteprojeto cria a ação coletiva para a reparação dos danos individualmente sofridos, adaptando aos institutos da "civil law" e ao princípio da legalidade os esquemas das "class actions" do sistema norteamericano, com particular atenção às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para tanto, ao lado de regras atinentes à competência (art. 5º), o Anteprojeto preocupa-se não só com a referida "representatividade adequada" (art. 2º, IV) e com a intervenção, sempre necessária, do Ministério Público (art. 4º), como também com a ampla divulgação da propositura da demanda, para possibilitar aos interessados a intervenção no processo como litisconsortes (art. 6º).

Além dessas cautelas, o art. 9º estipula os efeitos "ultra partes" da coisa julgada, mas só para favorecer as vítimas ou seus sucessores: aqui, o julgado "secundum eventum litis" coaduna-se com a natureza da pretensão indenizatória a título individual, não se podendo correr o risco de prejudicar terceiros, que não tiveram a oportunidade de integrar o contraditório, mediante sentença que iria afetá-los em seus direitos subjetivos personalíssimos. Mas, em caso de improcedência, as ações de responsabilidade somente poderão ser propostas a título individual (§ 1º do art. 9º), elimi-

tas de poupança ou investidores do sistema financeiro ou do mercado de capitais; *b)* dos sujeitos passivos de obrigações tributárias, de qualquer natureza, bem como dos contribuintes de empréstimos compulsórios; *c)* dos segurados e beneficiários do sistema nacional de seguros privados e da Previdência Social; *d)* dos usuários de bens e serviços públicos.

nando-se assim os inconvenientes que poderia apresentar a coisa julgada "secundum eventum litis", inclusive pelo resguardo dos direitos do réu. Idêntica solução foi adotada, no § 2º do art. 9º, quanto à sentença proferida nas ações previstas na lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, transportada para as ações de indenização individual só "in utilibus".

A sentença que julgar a ação procedente será condenatória, mas genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 8º). Após sua ampla divulgação (art. 10), caberá às vítimas ou seus herdeiros, a título individual, proceder à liquidação da sentença —diretamente ou pelos legitimados do art. 2º—, cabendo-lhes provar, tão só, o dano e seu montante.

Quanto ao réu, só se eximirá de responsabilidade se provar a culpa exclusiva da vítima (arts. 11 e 12). A execução, definitiva ou provisória, poderá ser coletiva e será instruída com a simples certidão das sentenças de liquidação (art. 13 e § 1º). O Anteprojeto também fixa regras de competência para a execução, consoante seja ela individual ou coletiva (art. 13, § 2º).

O art. 14 contempla, em caso de concurso de créditos, a preferência das indenizações pelos danos individualmente sofridos sobre as dívidas aos bens indivisivelmente considerados, pela lei nº 7.347, para que a reconstituição do bem coletivo não acabe prejudicando as reparações pessoais.

Finalmente, para incentivar as associações ao exercício da ação, o Anteprojeto dispõe sobre a isenção de custas, emolumentos e despesas, sobre a dispensa do adiantamento dos honorários de perito e sobre a isenção do ônus da sucumbência, salvo nos casos de litigância de má-fé e de pretensão manifestamente infundada (art. 8º), num paralelo com o disposto na lei 7.347. E, em caso de procedência, além dos honorários advocatícios, a associação autora fará jús a um prêmio pago pelo vencido (art. 8º, parágrafo único), na trilha da proposta do Anteprojeto sobre a defesa do consumidor que tive a honra de encaminhar a Vossa Excelência em janeiro do corrente ano. Pretende-se, com isso, estimular os corpos intermediários à participação por intermédio da Justiça, num verdadeiro papel promocional de transformação do perfil da sociedade.

4. Na mesma ordem de idéias, a art. 16 permite aos co-legitimados figurarem no processo penal, como assistentes de acusação, ao lado do Ministério Público, bem como intentarem ação penal privada subsidiária da pública, segundo os princípios clássicos do Código de Processo Penal, mas ampliando o conceito individualista de "ofendido".

O Anteprojeto deverá ser agora amplamente discutido.

Mas sua simples existência já vem corroborar o convencimento de que a lei 7.347, de 24 de julho de 1985, apesar da indiscutível importância de que se reveste, assinala apenas o início de um longo e delicado caminho na via de mais ampla aplicação das ações coletivas, também para os ordenamentos da *civil law*.

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO *

SUMARIO: I. *Sistemas de protección de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.* II. *Garantías normativas.* III. *Garantías jurisdiccionales.* IV. *Garantías institucionales.*

I. SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Se halla muy extendida en la teoría actual de los derechos fundamentales la tesis de que tales derechos valen, en la práctica, lo que valen sus garantías.[1] La inquietud por evitar, a toda costa, que las declaraciones de derechos y libertades puedan quedar relegadas a la inoperancia por carecer de los oportunos mecanismos de protección ha determinado que, en la hora presente, se halla llegado a afirmar que el problema básico de los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos.[2] Captando certeramente los nudos de esta situación se ha inferido "la necesidad de establecer y perfeccionar los instrumentos jurídicos —que por supuesto no son los únicos— para la tutela de los derechos humanos, debido a la experiencia dolorosa de que no resulta suficiente su consagración en los textos constitucionales para que sean respetados".[3]

En esta situación ambiental nada tiene de extraño que el constituyente español inscribiera, como uno de sus objetivos prioritarios, el asegurar el carácter *normativo* del sistema constitucional de derechos

* Catedrático de filosofía del derecho y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España).

[1] Dran, M., *Le Contrôle Jurisdicctionnel et la garantie des libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1968, p. 8.

[2] Bobbio, N., "L'illusion du fondement absolu", en el vol. col. *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des entretiens de l'Aquila (1-19 septiembre 1964) Firenze, Institut International de Philosophie & La Nuova Italia, 1966, p. 8.

[3] Fix-Zamudio, H., *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM & Civitas, 1982, p. 16.

fundamentales, dotándolo de los adecuados cauces de tutela que garantizaran su operatividad y evitando, al propio tiempo, su reducción a meros postulados *nominales* o *semánticos*, por su falta de incidencia en la realidad.[4]

Nuestros constituyentes eran sabedores de que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar el significado de los derechos fundamentales es el de gozar de un régimen de protección jurídica reforzada. Siguiendo, por tanto, lo que es una orientación general del constitucionalismo comparado de inspiración democrática y vocación de eficacia, nuestra ley superior de 1978 establece unos sistemas de tutela de los derechos y libertades positivados en su texto, que superan con creces los previstos en las normas básicas precedentes de la historia del constitucionalismo español.

La importancia prioritaria que la Constitución del 78 otorga a su sistema de protección es tal que condiciona incluso el criterio de clasificación de su catálogo de derechos fundamentales, que se hallan agrupados en función de los distintos niveles de tutela con que cuentan para la defensa de su contenido. De ahí que, aunque de modo específico el texto constitucional se refiera expresamente en el capítulo cuarto del título I a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales", otros de sus preceptos aporten también instrumentos de protección. Puede afirmarse, por ello, que la preocupación por instaurar cauces que aseguren la efectividad de los derechos y libertades en ella proclamados, es uno de los rasgos informadores de nuestra carta constitucional.[5]

[4] Sobre la distinción entre textos constitucionales normativos, nominales y semánticos me remito al conocido planteamiento de K. Loewenstein en su *Teoría de la Constitución* (trad. cast. de A. Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1964, pp. 216 y ss.

[5] Entre los numerosos trabajos dedicados al estudio de la tutela de los derechos fundamentales en el sistema constitucional español pueden citarse los debidos a: Albacar, J.L., *La protección de los derechos fundamentales en la nueva Constitución española*, Madrid, Ministerio del Interior, 1979; Cascajo, J.L. "El problema de la protección de los derechos humanos", en el vol. col. a cargo de A.E. Pérez Luño, *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979; *id.*, "Appunti sul problema della tutela dei diritti fondamentali", en el vol. col. a cargo de G. de Vergottini, *Una costituzione democratica per la Spagna*, Franco Angeli, Milano, 1978; Fix-Zamudio, H., *La protección procesal de los derechos humanos, cit.*; Garrido Falla, F., "El artículo 53 de la Constitución", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979; Linde Paniagua, E., "Protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución de 1978", en *RGLJ*, núm. 5, 1981; Pérez Luño, A.E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos. 1984; Prieto Sanchis, L., "El sistema de protección

Dejando al margen la garantía política básica que representa el Estado de derecho, en cuanto es condición imprescindible para la existencia de un régimen de libertades, y prescindiendo aquí también del análisis de los presupuestos sociales y económicos que condicionan la realización de todos los derechos, pueden distinguirse a efectos expositivos tres grandes bloques de garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

II. Garantías normativas

La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales; a evitar su modificación; así como a velar por la integridad de su sentido y función.

Para afianzar la eficacia de los derechos fundamentales tipificados en su texto, así como la de todas sus restantes normas, la Constitución prescribe en su artículo 9.1 el principio básico, a tenor del cual: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico." Este postulado se halla reiterado expresamente en relación con los derechos fundamentales contenidos en el capítulo segundo del título I, los cuales, a tenor de cuanto dispone el artículo 53.1, "vinculan a todos los poderes públicos".

La interpretación sistemática de este precepto (en relación con el ya mencionado artículo 9.1) avala la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos. De forma que en nuestro sistema constitucional no debe existir ninguna reserva para admitir una *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, es decir, para extender su eficacia a las relaciones entre particulares.[6]

Sería también errónea, desde el planteamiento que aquí se sostiene, la opción hermenéutica restrictiva de la vinculatoriedad a los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo segundo, o sea los comprendidos en los artículos 14 a 38; de forma que quedaran excluidos de tal

de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983.

[6] A la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se han referido entre otros: Embid Irujo, A., "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980; Pérez Luño, A.E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984; Quadra-Salcedo, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981.

principio de sujeción los derechos reconocidos en el capítulo tercero (artículos 39 a 52) como "principios rectores de la política social y económica". En este punto el texto constitucional es tajante cuando señala que: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos." Si bien, establece a renglón seguido la salvedad de que tales principios: "Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen." Esta expresión, no es muy afortunada, en modo alguno puede interpretarse como una prohibición para invocar o aplicar tales principios por los tribunales ordinarios, interpretación incompatible con el párrafo anterior de dicho precepto. En efecto, difícilmente se podría cumplir el imperativo constitucional de que las normas contenidas en dicho capítulo tercero informen la práctica judicial, si no pudieran ser objeto de alegación ante o de aplicación por los tribunales ordinarios. De otro lado, en favor de la eficacia inmediata de estos derechos, conviene recordar que el artículo 96.1 de la Constitución proclama que los tratados internacionales, una vez publicados oficialmente en España, "formarán parte del ordenamiento interno". Dado que España ratificó en 1977 el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la ONU en 1966, que incluye el reconocimiento de la mayor parte de los derechos sociales consagrados en el capítulo 3º del título I de la Constitución, sería un grave error el desconocer el *status* normativo de estos derechos.

1. *La rigidez constitucional*

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional. De ahí que la mutación del estatuto de los derechos fundamentales no implique una mera mutación parcial de la norma básica, sino que puede entrañar la sustitución de una Constitución por otra. Ello explica el por qué desde las primeras constituciones liberales se consagrara el principio de la "rigidez", es decir, de la inalterabilidad de su catálogo de derechos y libertades, que representan la resultante ideal del pacto social y, por tanto, el fundamento de la

legitimidad del Estado y la condición para que los ciudadanos le presten su consentimiento. Tal garantía se consideraba que debía operar no sólo frente a cualquier intento de modificación del estatuto de los derechos fundamentales por parte del gobierno, sino incluso de aquellos que pudieran derivarse de la actividad del legislador ordinario.

Nuestra Constitución sanciona formalmente esta garantía al imponer un procedimiento de reforma especialmente "rígido" para cualquier reforma parcial de su articulado que afecte "al título preliminar, al capítulo segundo sección 1ª del título I, al título II", cuestiones que son equiparadas a una revisión total de la Constitución; por lo que requieren su aprobación por mayoría de dos tercios de cada Cámara y conllevan la disolución inmediata de las Cortes (según dispone el artículo 168.1 de la Constitución).

Se establece, de este modo, una protección reforzada para todos aquellos derechos fundamentales reconocidos en dichos títulos y capítulos de la Constitución, por entender el Constituyente que esos apartados conforman el núcleo esencial de nuestra ley superior; mientras que los restantes derechos fundamentales se hallan tutelados, en cuanto afecta a su modificación, por el régimen general que para la reforma constitucional prevé el artículo 167.

2. *La reserva de ley*

La tutela constitucional de los derechos fundamentales se manifiesta también en la instauración de unos cauces normativos tendentes a asegurar la integridad del significado y función de tales derechos.

El pensamiento liberal, en su lucha contra el absolutismo, había supuesto que la libertad quedaría perfectamente garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara la titularidad y el ejercicio del poder mediante el reconocimiento del principio de la soberanía popular de la cual debía ser expresión la ley. De ahí la confianza de los autores de la Declaración de 1789 en la ley, que por ser emanación de la voluntad general parecía el instrumento más adecuado para determinar el contenido y los límites de los derechos fundamentales. En esta exigencia se funda el principio básico para el constitucionalismo liberal-democrático de la *reserva de ley*, esto es, de la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno.

La Constitución española de 1978 consagra expresamente este postulado al prescribir que la regulación del ejercicio de los derechos y

libertades contenidos en el capítulo segundo del título I se llevará a cabo: "Sólo por ley" (artículo 53.1). Esta garantía se halla además explicitada en el artículo 86.1 que veta la posibilidad de que el gobierno regule por decreto-ley cuanto afecte: "a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I." Al propio tiempo, nuestro texto constitucional reserva a las leyes orgánicas el "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" (artículo 81.1), prescribiendo que tales leyes precisan para su aprobación el voto de la mayoría absoluta del Congreso (artículo 81.2).

Se ha suscitado, en relación con este punto, un amplio debate entre los exégetas de la Constitución española de 1978 sobre si la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 se refiere a todos los derechos fundamentales incluidos en el título I, o sólo a los incluidos en la sección 1ª del capítulo segundo, cuya rúbrica es precisamente "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

La opinión mayoritaria se inclina por una interpretación restrictiva, al argumentar que el artículo 81.1 hace una referencia expresa a los derechos fundamentales y las libertades públicas que coincide literalmente con la rúbrica de la sección 1ª del capítulo segundo, cuyo enunciado reza precisamente: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas."

Frente a dicha interpretación literal la interpretación lógico-sistemática del precepto entiendo que conduce a asumirlo en relación con el artículo 86.1. Este artículo, como he recordado, contiene una prohibición explícita de regular por decreto-ley "los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título ". Que en el artículo 86.1 se aluda a "los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I", en lugar de "los derechos fundamentales y de las libertades públicas", no creo que deba entenderse como una distinción material respecto al ámbito de los derechos afectados. Debe interpretarse, más bien, como una aclaración puntualizadora de que todas las materias relacionadas con el desarrollo legislativo de los derechos y libertades fundamentales se encuentran reservadas a la ley-orgánica sin que, por tanto, quepa su regulación general por decreto-ley o por ley ordinaria.

La Constitución española del 78 define todos los derechos y deberes contenidos en su título I como *fundamentales* y alude textualmente al rotular el capítulo 4º de dicho título a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales", pormenorizando allí los respectivos instrumentos de protección de los derechos consagrados en los distinos capí

tulos y secciones del título I. Por tanto, al no especificar el artículo 81.1 que los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere son sólo los tipificados en la sección 1º del capítulo segundo, hay que inferir que se refiere a todos los derechos y libertades del título I. En otro caso, la interpretación literal y restrictiva conduciría al resultado paradójico de mantener que únicamente algunos de los derechos y libertades consignados en el título I (los comprendidos en la sección 1ª de su capítulo 2º) tienen el carácter de fundamentales, quedando relegados los demás a la condición de accesorios o subsidiarios. A mayor abundamiento cabe acudir aquí al principio general del sistema de los derechos fundamentales en el constitucionalismo comparado de inspiración democrática, el principio *favor libertatis* a tenor del cual en caso de incertidumbre u oscuridad sobre el estatuto jurídico de tales derechos hay que optar por la interpretación que ofrece mayores garantías para los ciudadanos. Este principio, en el caso que aquí se contempla, parece que debiera inducir a reservar el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales al instrumento de positivación de mayor rango normativo, esto es, a la ley orgánica.

No obstante las razones teóricas apuntadas en favor de la solución amplia nuestro Tribunal Constitucional, se ha pronunciado de forma tajante e inequívoca por una opción hermenéutica restrictiva, en base a una interpretación literal y a la presunta voluntad del Constituyente, al afirmar que:

> El artículo 81.1, al definir las materias propias de la Ley Orgánica, se refiere al "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sección primera del Capítulo II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el artículo 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial —"desarrollo de los títulos I y II de la Constitución"— hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del Título I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley Orgánica (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 5 agosto 1983, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, n. 30, p. 1161.)

Esta postura de nuestro "intérprete supremo" de la Constitución (tal como define al Tribunal Constitucional el artículo 1º de su Ley Orgá-

nica) parece que ha zanjado definitivamente la cuestión, aunque, a mi entender, no en la forma que hubiera sido más adecuada. Entiendo al respecto que, junto a los argumentos lógico-sistemáticos apuntados en favor de la interpretación amplia, cabe añadir otro referido a la peculiar función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático, en cuanto expresiones del acuerdo básico de las fuerzas políticas y sociales sobre el sistema de valores esenciales informadores del orden jurídico-político.

Dado que en nuestra Constitución son muy numerosas las remisiones expresas a la ley para fijar el estatuto de los derechos fundamentales, se puede llegar a convertir al legislativo en un Constituyente de hecho con carácter permanente. Por esta vía cabe que se produzca una desconstitucionalización del *status* jurídico positivo de los derechos fundamentales, que, si puede tener la ventaja de una mayor flexibilidad para incorporar los derechos que sucesivamente se estimen básicos, tiene el grave inconveniente de privar a estos derechos de su función de *Grundwerte*, de sistema objetivo de valores jurídicos a respetar por todos los sectores del ordenamiento positivo, y ésta es, precisamente, la misión atribuida a los derechos fundamentales en el constitucionalismo comparado de nuestros días. En una democracia como la española, todavía no consolidada, se corre así el peligro de privar a los derechos fundamentales de su valor paradigmático para un funcionamiento estable y democrático del poder, al quedar supeditados a los vaivenes de las mayorías parlamentarias. En todo caso, la remisión a la legislación puede suponer un considerable retraso en la implantación de algunos derechos y libertades fundamentales.[7] La experiencia de otras democracias muestra con elocuencia cómo el reenvío al legislador de la concreción del estatuto positivo de los derechos fundamentales ha chocado, en ocasiones, con los intereses de determinados partidos mayoritarios que han retrasado deliberadamente su plena actuación.

Es cierto que estos inconvenientes no quedarían disipados con la extensión de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de todos los derechos fundamentales del título I; pero al menos la exigencia de la mayoría cualificada (mayoría absoluta del Congreso) que exige el artículo 81.2 para la aprobación de las leyes orgánicas reforzaría el

[7] A ello se ha referido Vega, P. de, "Los órganos del Estado en el contexto político-insttiucional del proyecto de Constitución", en el vol. col. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Bologna, Arnaldo Forni, 1978, p. 15.

status y la significación fundamentadora de nuestro sistema de derechos y libertades en su conjunto.

Ha recordado oportunamente el Tribunal Constitucional que la ley orgánica supone en nuestro ordenamiento una norma jurídica excepcional, a la que no debe acudirse de forma innecesaria: "Ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayoría cualificadas o reforzadas" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 febrero 1981, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* núm. 1, 1981, p. 37). Pero precisamente por ello, parece que uno de esos "supuestos tasados y excepcionales" debiera ser el del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales proclamados en el título I como uno de los goznes sobre los que gira todo el edificio constitucional.

Conviene, por último, advertir que la postura sostenida hasta aquí no pretende conducir a la conclusión de que cualquier referencia normativa al estatuto de los derechos fundamentales debiera realizarse a través de una ley orgánica. En este punto comparto plenamente la observación, cargada de sentido lógico, de nuestra jurisdicción constitucional cuando argumenta que:

> El artículo 81 de la Constitución española se refiere al desarrollo "directo" de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la Ley orgánica en materias concretas, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en "constituyentes permanentes" no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental. (Secretaría del Tribunal Constitucional de 22 febrero 1982, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* núm, 11, 1982, p. 206.)

3. *El respeto del contenido esencial*

La Constitución española, por directa inspiración del artículo 19.2 de la ley fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania, garantiza, en su artículo 53.1, junto a la reserva de ley para regular los derechos fundamentales consagrados en el capítulo segundo de su título I, la exigencia de que dicho desarrollo legislativo respete, en todo caso, el *contenido esencial* de tales derechos.

El Tribunal Constitucional ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido esencial: la primera equivale a "la naturaleza jurídica de cada derecho" que se considera preexistente al momento legislativo, "en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta", de forma que "los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo"; la segunda corresponde a "los intereses jurídicamente protegidos", en el sentido de que se lesionaría "el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que "se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse" (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 abril 1981, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 2, 1981, pp. 93 y 94).

La postura de nuestra jurisdicción constitucional refleja, en gran medida, lo que ha sido la evolución de esta categoría en la doctrina y la jurisprudencia alemanas, a partir de posturas estrechamente ligadas a las distintas teorías sobre los derechos fundamentales. Así, para la *teoría positivista*, el contenido esencial se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el derecho, mirando siempre a la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado; mientras que la *teoría de los valores* ha tendido a identificar el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa. Un avance importante en la determinación del contenido esencial ha correspondido a la *teoría institucional*. A tenor de esta tesis, dicha categoría se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello, la protección del contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales. En suma, la *Wesensgehaltgarantie* (garantía del contenido esencial) se refiere a la obligación del legislador de salvaguardar la institución, definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos y libertades. De este modo, la

postura institucional supone un planteamiento sólido para superar la conceptualización del "contenido esencial" a partir de ideas tales como las de "la voluntad", "el interés" o "la protección jurídica", caracterizaciones que perpétúan la vieja parafernalia conceptual de la dogmática decimonónica sobre el derecho subjetivo.

Al planteamiento institucional puede aportarle la *teoría iusnaturalista crítica* la exigencia de ampliar el *background* de datos significativos para delimitar el contenido esencial con la apelación a la conciencia histórica que posee la entera humanidad en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales. Exigencia que se halla proclamada en el artículo 10.2 de nuestro texto constitucional que tiene el mérito de ofrecer al intérprete parámetros adicionales (la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España) para precisar un concepto de difícil determinación; instrumentando así un un cauce de tutela de los derechos fundamentales a partir de una categoría (la del contenido esencial) que, de otro modo, corre el riesgo de quedar en mero postulado programático o declarativo.[8]

III. Garantías jurisdiccionales

Entre los mecanismos de defensa de los derechos fundamentales en los sistemas democráticos, la acción procesal, ejercitada ante los órganos jurisdiccionales, ocupa un lugar destacado. De ahí que, en muchas ocasiones, la tutela de los derechos y libertades se identifica con los instrumentos de su protección judicial.

Nuestra *norma normarum*, incorporándose a los textos constitucionales que ven en la garantía procesal un elemento decisivo para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los derechos fundamentales, ha otorgado especial relieve al papel que corresponde a los tribunales en la salvaguardia de las libertades. Fiel a este propósito, ha trazado un completo y complejo sistema de garantías jurisdiccionales que pueden esquematizarse en las siguientes:

1. *Garantías procesales genéricas*

Quienes se ocupan del derecho comparado de las garantías procesales

[8] *Cfr.*, Parejo, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional de 8 de abril de 1981", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981; Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, *cit.*

de los derechos y libertades, suelen distinguir entre instrumentos de protección genéricos y específicos. Estos últimos serían los establecidos con la exclusiva finalidad de tutelar los derechos fundamentales; mientras que los de carácter genérico harían referencia a las garantías jurisdiccionales de todos los derechos e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico y entre los que, por tanto, también deben incluirse los derechos fundamentales.

Nuestra ley superior pormenoriza los medios para la garantía procesal genérica de los derechos en su artículo 24, donde se reconocen:

a) La protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

b) La garantía judicial referida al órgano jurisdiccional y concretada en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

c) La garantía de un proceso debido en sus distintas fases (lo que la doctrina anglosajona denomina *due process of law*) y que, a su vez, se desglosa en los derechos a la defensa y a la asistencia de letrado; a ser informado de la acusación formulada; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; a no declarar contra sí mismo; a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.[9]

Estas garantías, así como la del principio de legalidad penal establecida en el artículo 25, tienden a explicitar el alcance de los principios de legalidad y de la seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9.3 de nuestra ley de leyes, y consustanciales al ordenamiento jurídico de cualquier Estado de derecho.

2. *El recurso de inconstitucionalidad*

Otra importante garantía genérica de los derechos fundamentales se halla representada por el control de la constitucionalidad de las leyes que puedan violar, limitar o afectar el contenido y alcance de tales derechos.

Si bien *prima facie* la redacción del artículo 53.1, donde se afirma que los derechos fundamentales se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.*a*), evoca la existencia de un mecanismo de tutela específico para los derechos fundamentales, sin embargo, esta aparien-

[9] *Vid.*, Serrano Alberca, J. M., "Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales: un análisis del artículo 24 de la Constitución española", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985.

cia se devanece cuando se comprueba que en este último artículo se consagra la competencia del Tribunal Constitucional para conocer: "Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley." Es decir que, tal como han apuntado algunos exégetas de nuestro texto constitucional, se trata de un enunciado vacío o superfluo de la Constitución, ya que cualquier ley o disposición con fuerza de ley —y no sólo las que regulen el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo segundo Del Título I— se hallan sujetas al control de constitucionalidad. Se trata, por tanto, de una garantía genérica de los derechos fundamentales en cuanto elementos integrantes del orden constitucional. Ahora bien, entiendo que la razón de ser de esta remisión del artículo 53.1 al recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 161.1.*a*) debe entenderse como la asunción por parte de nuestro Constituyente de la inquietud del constitucionalismo comparado actual por asegurar la integridad del estatuto de los derechos y libertades no sólo frente a posibles abusos del ejecutivo, sino también frente a su eventual menoscabo por parte del legislativo.

Los trazos más significativos del recurso de inconstitucionalidad en nuestro sistema pueden, sumariamente, reconducirse a los siguientes:

a) Se hallan legitimados para interponerlo el presidente del gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas (a tenor de cuanto disponen el artículo 162.1.a) de la Constitución y el título II de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC de 5 de octubre de 1979).

b) Junto al recurso de inconstitucionalidad el artículo 163 de la Constitución, así como los artículos 35 y siguientes de la LOTC, prevén la interposición de la denominada "cuestión de inconstitucionalidad". Se trata de la facultad reconocida a los órganos judiciales de plantear ante el Tribunal Constitucional la posibilidad de que normas con rango de ley aplicables a los casos de que entiendan y de cuya validez dependa su fallo, puedan ser contrarias a la Constitución. Los efectos de la interposición de las cuestiones de inconstitucionalidad no serán suspensivos, ya que sólo se podrán plantear "una vez concluso este procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia" (artículo 35.2 de la LOTC).

c) Por último, se halla también previsto un control previo de inconstitucionalidad de los Estatutos de Autonomía y de las leyes orgánicas (artículos 79 y siguientes de la LOTC), así como para los tratados

internacionales cuyo texto se hallara fijado, pero que todavía no cuenten con el consentimiento del Estado (artículo 95.2 de la Constitución y 78 de la LOTC).

En fecha reciente por iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista, se ha reformado la LOTC, para suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad en relación con las leyes orgánicas. Tal iniciativa plantea la ambivalencia de este instrumento de garantía, con inmediata incidencia para el estatuto de los derechos fundamentales.

En efecto, es evidente que una utilización abusiva de dicho recurso por parte de los grupos parlamentarios que integran la oposición puede entorpecer, e incluso colapsar, la legítima actuación del programa legislativo de la mayoría. Con ello pueden producirse retrasos injustificados en el desarrollo normativo de los derechos fundamentales susceptibles de menoscabar su plena implantación. Ahora bien, esta eventual disfuncionalidad producida por una utilización indebida del recurso previo, no autoriza a ignorar su innegable carácter de garantía del ordenamiento constitucional —en el que se inscriben los derechos fundamentales—, así como su relevancia como cláusula de seguridad jurídica. Ya que cuando existen dudas fundadas sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley orgánica resulta preferible someterlo a un control previo a su definitiva promulgación, que aguardar a un control *a posteri* incapaz de impedir los efectos jurídicos generados al amparo de la ley anticonstitucional y el consiguiente sacrificio de la seguridad jurídica.[10]

3. *El habeas corpus*

Junto a estas garantías genéricas, la Constitución establece otros medios de tutela peculiares de los derechos fundamentales, entre ellos el que presenta mayor grado de especificidad es, sin duda, el procedimiento de *habeas corpus*. Este instituto no se dirige a la protección de los derechos y libertades en su conjunto, sino exclusivamente de la libertad personal.

Como es notorio, la garantía del *habeas corpus* tiene su origen en la práctica judicial del *writ* de *habeas corpus*, que constituye una de las instituciones básicas del *Common Law*, que funciona como un recurso

[10] La STC de 23 de mayo de 1985 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 50, 1985, pp. 635 y ss), ha sancionado la plena constitucionalidad de la supresión del recurso previo al desestimar el recurso promovido por 54 diputados contra el texto definitivo de la proposición de Ley órgánica (derogatoria del capítulo II del título VI de la LOTC) que suprime el recurso previo de inconstitucionalidad.

judicial por el que se solicita a un juez o tribunal que se dirija a quien tiene detenida a una persona y la presente ante ellos. Posteriormente, esta práctica se plasmó como derecho escrito en el *Habeas Corpus Amendment Act* del año 1679, reformado en el año 1816.

La Constitución española de 1978, en su artículo 17.4, remite a una ley orgánica la regulación de este procedimiento, al igual que remite también a la legislación orgánica la fijación del plazo máximo de la prisión provisional.[11]

4. *El procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios o amparo judicial ordinario*

Nuestra Constitución prevé, en su artículo 53.2, que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad." Este procedimiento denominado también "amparo judicial ordinario" suscitó, de inmediato, la controversia teórica entre quienes entendieron que el procedimiento preferente y sumario previsto en dicho artículo 53.2 había hallado su realización en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978, y quienes, por el contrario, mantenían, tras la promulgación de dicha ley, que todavía quedaba pendiente el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 53.2. En favor de esta última tesis se aducía el hecho de que el artículo 1º de la Ley de Protección Jurisdiccional de 1978 limitaba su ámbito expresamente a los derechos y libertades de expresión, reunión y asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa, de residencia, inviolabilidad del domicilio, detenciones ilegales y sanciones impuestas en materia de orden público. La disposición final de la ley autorizaba al gobierno para incorporar a su ámbito de protección otros derechos constitucionales. En virtud de esta autorización, por el Decreto-legislativo de 20 de febrero de 1979 se incluyeron en la citada ley los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, libre circulación, libertad de cátedra y libertad sindical. Pero, de cualquier modo, resultaba evidente que la cobertura de la Ley del 78 no abarcaba todos los

[11] *Cfr.*, Gimeno Sendra, V., *El proceso de "habeas corpus"*, Madrid, Tecnos, 1985; Soriano, R., "La defensa de la libertad física y el procedimiento de "habeas corpus", en *La Ley*, 1984, núm. 989.

derechos fundamentales comprendidos en el artículo 14 y sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución, tal como exigía su artículo 53.2. Sin embargo, la postura teórica que consideraba satisfecho el mandato constitucional con la Ley de Protección Jurisdiccional de 1978 encontró un decisivo apoyo en el propio legislador, que en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 5 de octubre de 1979 amplió el marco de protección de la Ley de 1978 a todos los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución.

La Ley de 1978 está dividida en tres secciones que se ocupan sucesivamente de: *a)* la garantía jurisdiccional penal; *b)* la garantía contencioso administrativa, y *c)* la garantía jurisdiccional civil; lo que revela que la expresión constitucional de "los tribunales ordinarios" ha sido interpretada por la Ley del 78 en un sentido comprensivo de todas las competencias jurisdiccionales. Con todo, las reglas más importantes de la Ley se encuentran en su sección 2ª referida a la protección de los derechos fundamentales frente a la administración, porque la citada disposición transitoria segunda de la LOTC considera a la vía contencioso-administrativa como presupuesto procesal obligado para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.[12]

5. *El recurso de amparo*

El recurso de amparo, que ahonda sus raíces en la tradición jurídica aragonesa y que ha alcanzado amplia difusión en el derecho hispanoamericano, tuvo su inmediato precedente constitucional español en el texto de la II República de 1931.

El artículo 53.2 de la Constitución española vigente entre los medios de protección específica de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 30, permite acudir "en su caso" al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta posibilidad se halla corroborada en el artículo 161.1.*b*), que proclama la competencia del Tribunal Constitucional para conocer: "Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca." Ha correspondido,

[12] *Cfr.*, Fairén, V., "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución", en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979; Salas, J., y J. Tornos, "Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona", en *Revista de Administración Pública*, núm. 93, 1980.

de este modo, a la LOTC (artículo 41 y siguientes) el desarrollo legislativo del recurso de amparo consagrado constitucionalmente.[13]

Los principales rasgos caracterizadores del amparo pueden cifrarse en los siguientes:

a) En cuanto a su *ámbito de aplicación*, se circunscribe, como se ha indicado, a los derechos reconocidos en la sección 1ª del capítulo II del título I (artículos 15 a 29) a los que se añade el artículo 14 que consagra la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos españoles, y el artículo 30.2, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia.

b) El *objeto* del recurso de amparo se centra en la tutela de los derechos fundamentales incluidos en su ámbito de aplicación frente a cualquier vulneración de los mismos realizada por los poderes públicos (el Estado, las comunidades autónomas, entes territoriales o institucionales...). Si bien, algunos fallos del Tribunal Constitucional permiten advertir una tendencia de nuestra más alta magistratura constitucional favorable a la admisión del amparo en los supuestos de violación de los derechos fundamentales realizadas por sujetos particulares. Así, entre las decisiones que parecen proclives a acoger la doctrina, a la que anteriormente ya se ha hecho mención, de la *Drittwirkung* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales pueden mencionarse: la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 8 de abril de 1981 (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 2, 1981, p. 94), en relación con el ejercicio del derecho de huelga; la STC de 8 de junio de 1981 (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 213-214) en relación con el derecho de reunión de los trabajadores dentro del centro de trabajo; la STC de 23 de noviembre de 1981 (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 8, 1981, p. 572), respecto del derecho de sindicación frente a las empresas... Con mayor carácter general (refiriéndose a la dignidad de la persona y a su integridad moral) la STC de 29 de enero de 1982 (en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* núm. 10, 1982, p. 102) proclamó, expresamente, que se trata de derechos fundamentales "que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental". Con todo, parece que nuestro Tribunal Constitucional se orienta hacia lo que la jurisprudencia y

[13] *Cfr.*, Cano A., *El recurso de amparo. Doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, EDERSA, 1983; Cascajo, J. L., y V. Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*,, Madrid, Tecnos, 1984; Fix-Zamudio, H., "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979; Moya Garrido, A., *El recurso de amparo según la doctrina constitucional*, Barcelona,. Bosch, 1983.

la doctrina germanas califican de eficacia mediata (*mittelbare*), es decir, no inmediata (*unmittelbare*) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Con esta postura se pretende significar que más que una incidencia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, lo que existe es una proyección indirecta, en la medida en que los poderes públicos se hallan inexorablemente obligados a configurar las situaciones jurídicas de todos los particulares de acuerdo con los derechos fundamentales. Muy significativa resulta sobre este particular la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de junio de 1983 en la que, entre otros extremos, se afirma:

> Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de los derechos fundamentales son debidas, como en el presente caso, a un particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión. (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 27, 1983, p. 814.)

c) La *finalidad* del recurso de amparo ha sido claramente delimitada por el propio Tribunal Constitucional, que ha distinguido su doble incidencia subjetiva y objetiva.

> La finalidad esencial del recurso de amparo —según el Tribunal Constitucional— es la protección... de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección que han resultado insatisfactorias. Junto a ese designio, proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (artículo 1º de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos (STC de 26 de enero de 1981, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 2, 1981, p. 116.)

d) Se trata de un recurso *subsidiario* que exige acudir previamente a los tribunales ordinarios, según se desprende del artículo 53.2 de la Constitución en relación con los artículos 41.1, 43.1 y 44.1 de la LOTC.

Por tanto, tan sólo en el caso de que los órganos judiciales no satisfagan la pretensión de amparo, podrá el recurrente reproducir su pretensión ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Se admiten, sin embargo, dos supuestos excepcionales en los que cabe ejercitar directamente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sin agotar previamente la vía judicial: las lesiones producidas por el Poder Legislativo (artículo 42 de la LOTC), y las violaciones del derecho a la objeción de conciencia que puedan derivarse de actos de la administración militar (artículo 45 de la LOTC).

e) El recurso de amparo no tiene el carácter de un recurso de *casación*, pues sólo puede fundarse en la infracción o errónea interpretación de normas constitucionales (artículo 41 y 43.3 de la LOTC); ni como un proceso de *revisión*, ya que el Tribunal Constitucional enjuicia las actuaciones de los tribunales que hayan podido lesionar derechos fundamentales, pero en ningún caso puede pasar a enjuiciar los hechos que dieron lugar al proceso, debiendo abstenerse los magistrados constitucionales de cualquier consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales (artículos 44 y 54 de la LOTC).

La *naturaleza* del recurso de amparo ha sido abordada por algunos significativos Autos del Tribunal Constitucional que reiteran el sentido *constitucional*, y no de revisión o casación, de aquél. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el recurso de amparo: "no es una instancia de revisión del derecho aplicado por los jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación" (Auto nº 106, de 26 de noviembre de 1980, sala 1ª, sección 2ª, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 3, 1981, p. 222).

> El Tribunal Constitucional —proclama otro de sus Autos— no es, sin embargo, un Tribunal de revisión. Su Ley Orgánica (artículo 44.2.b) le niega explícitamente la facultad de entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso en donde se produjeron los actos u omisiones del poder judicial que se suponen violatorios de uno de los derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional... No cabe acudir ante este Tribunal en demanda de que se revise una sentencia judicial que en el criterio subjetivo del recurrente es tenida por injusta, sino sólo para pedir amparo frente a la lesión de alguno de los derechos o libertades... (Auto nº 107, de 26 de noviembre de 1980, sala 2ª, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 3, 1981, p. 222.)

f) Por último, se hallan *legitimados* para interponer el recurso de

amparo, a tenor del artículo 162.1.*b*) de la Constitución, las personas naturales o jurídicas que invoquen un interés legítimo, así como el defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal.

IV. Garantías institucionales

La distinción apuntada entre las garantías jurisdiccionales genéricas y específicas de los derechos fundamentales es también válida para sus instrumentos de protección institucional. Se puede, de este modo, trazar una diferenciación de principio entre el significado que reviste la tutela institucional genérica que se deriva de los medios de control parlamentario del gobierno en el cumplimiento del orden constitucional, en el que los derechos y libertades se hallan insertos; de la garantía institucional específica que supone la figura del Defensor del Pueblo, cuya principal función reside, precisamente, en proteger todos los derechos fundamentales incluidos en el título I de la Constitución.

1. *El control parlamentario de los derechos fundamentales*

En nuestro sistema constitucional, al igual que sucede en la mayor parte de ordenamientos democráticos, las cámaras parlamentarias cumplen, a parte de su primordial función legislativa, una importante tarea de información y control de la actividad del gobierno y, en general, de cualquier asunto de interés público. Estas atribuciones pueden incidir de forma decisiva en la salvaguardia del sistema de derechos y libertades, por lo que conviene aludir a sus principales repercusiones en esta esfera.[14]

Los instrumentos a través de los cuales se realizan estas funciones por parte de la institución parlamentaria son:

a) El control parlamentario de la acción del gobierno (según se desprende del artículo 66.2 de la Constitución) que, a su vez, se desglosa en: 1) La potestad de las cámaras y sus comisiones para recabar, a través de los presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del gobierno y de sus departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las comunidades autónomas (artículo 109); 2) La facultad de las cámaras y de sus comisiones de reclamar la

[14] *Vid.*, Montero Gibert, J. R., y J. García Morillo, *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984; Peces-Barba, G., con la colab. de L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978. Un estudio de derecho y Política*, Valencia, Fernando Torres, 1981.

presencia de los miembros del gobierno (artículo 110.1), así como para solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus departamentos (artículo 110.2); 3) El derecho de los diputados y senadores de interpelar y hacer preguntas al gobierno y a cada uno de sus miembros (artículo 111.1); 4) Corolario de la responsabilidad solidaria del gobierno ante el Parlamento (establecida en el artículo 108) resultan la posibilidad de que en relación con todas las interpelaciones puedan plantearse las consiguientes mociones en las que las cámaras manifiesten su posición (artículo 11.2); así como la facultad del Congreso de los Diputados de poder exigir la responsabilidad política del gobierno mediante la adopción de la moción de censura (artículo 113.1).

b) La posibilidad de nombrar por parte del Congreso y el Senado, o por ambas cámaras conjuntamente, comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Las conclusiones a que puedan llegar tales comisiones no vincularán a los tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las oportunas acciones (artículo 76.1).

c) El derecho de petición individual y colectiva, siempre por escrito (quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas) a las cámaras (artículo 77.1). Esta facultad, que constituye una especificación del derecho fundamental de petición reconocido con carácter general a todos los españoles en el artículo 29.1, permite a las cámaras trasladar dichas peticiones al gobierno, que está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las cámaras así lo exijan (artículo 77.2).

Las competencias parlamentarias descritas es indudable que suponen una valiosa garantía de fiscalización de las actuaciones del poder ejecutivo. Porque no puede olvidarse que quienes han ejercido el gobierno han sido, a lo largo de la historia, los que con mayor frecuencia han amenazado los derechos y libertades de los ciudadanos. Se trata, por tanto, de una importante función de contrapoder que corresponde a las Cortes Generales para evitar posibles abusos (a través de su actividad de control, de investigación, de información y de recepción de peticiones individuales y colectivas) del Ejecutivo en la esfera de los derechos fundamentales.

2. *La iniciativa legislativa popular*

Los instrumentos de tutela parlamentaria, al igual que los jurisdic-

cionales, hasta aquí enjuiciados tienden a ser una garantía negativa de los derechos fundamentales, es decir, una protección contra sus posibles violaciones. Ahora bien, los derechos fundamentales a parte de ser límites de la actuación de los poderes públicos, en el sentido de que hacen ilegítimas sus disposiciones o actos que contravengan u obstaculicen su contenido, implican el sistema de fines y valores que deben informar toda la política estatal. Por tanto, los derechos fundamentales entrañan un significado preceptivo, no sólo en un plano negativo que permite, por ejemplo, ejercitar el recurso de inconstitucionalidad o el control parlamentario de cuanto suponga un menoscabo *por acción* contra su estatuto; sino que en sentido positivo impelen a las cámaras y al gobierno, a quienes en nuestro sistema corresponde la iniciativa legislativa (artículo 87.1) a emanar las leyes y actuaciones necesarias para el logro de los fines y valores que les son inherentes. De ahí que pueda aludirse a una inconstitucionalidad *por omisión* del gobierno o de las Cortes Generales cuando, pudiendo hacerlo, no han realizado las actuaciones pertinentes para el desarrollo y la implantación plenas del sistema constitucional de derechos y libertades.

Nuestra forma política ha sido definida por la norma constitucional como una democracia parlamentaria (artículo 1.3) en la que, como regla, el gobierno procede de las fuerzas políticas con mayoría en el Congreso. Por ello, pudiera darse el caso de que el partido o los partidos políticos que conforman la mayoría parlamentaria y, consiguientemente también, el gobierno emanado de ella, pospongan u "omitan", sin que exista causa que lo justifique o en función de sus intereses de partido, el mandato constitucional del desarrollo normativo y la implantación de los derechos fundamentales. De darse tal situación es difícil que las minorías parlamentarias puedan —salvo casos-límite de un acuerdo entre las diversas fuerzas de la oposición que las convierta en mayoría, lo que conduciría inevitablemente a la crisis y dimisión del gobierno a través de la cuestión de confianza o de una moción de censura— asumir el protagonismo de esa función impulsora del desarrollo normativo de los derechos fundamentales.

Para evitar este *impasse*, nuestro sistema constitucional permite recurrir a un mecanismo institucional que puede funcionar como una válvula de interacción entre las demandas del sistema ambiental (integrado, a su vez, por los subsistemas económico, ideológico, cultural...) y la respuesta normativa del sistema político constitucional: me refiero a la iniciativa legislativa popular. Esta institución, pese a que no se halla consolidada en los países con tradición democrática, salvo el caso

de Suiza, y a las controversias y recelos que ha suscitado en la experiencia italiana, entiendo que puede jugar un papel eficaz como elemento dinamizador de los sistemas constitucionales de los estados de derecho de la última etapa de nuestro siglo. Pienso que a través de la iniciativa legislativa popular se abre una vía para hacer real y efectiva la participación ciudadana en proceso legislativo; contribuyendo así a impulsar el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, colmando sus posibles lagunas e impidiendo dilaciones injustificadas en la realización de su estatuto.

Ahora bien, la iniciativa legislativa popular en cuanto garantía institucional genérica —ya que su función no se circunscribe sólo al desarrollo normativo de tales derechos— ha sido reconocida por nuestra ley de leyes en términos que limitan su alcance. En efecto, el artículo 87.3 de la Constitución remite a la ley orgánica la regulación de "las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley". Añadiendo que: "En todo caso se exigirá no menos de 500,000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia." Con lo que, paradójicamente, queda a merced del gobierno y de las cámaras el aplazamiento *sine die* de la puesta en marcha de este mecanismo de garantía frente a las dilaciones u omisiones injustificadas en el estatuto de los derechos fundamentales.

De otro lado, al excluirse de la iniciativa popular el desarrollo legislativo a través de leyes orgánicas, se le cierra, precisamente, la vía principal para la fijación del estatuto normativo de los derechos y libertades. Se merma, de este modo, la operatividad de la iniciativa legislativa popular y, en suma, su contribución para evitar la "violación por omisión" de los fines constitucionales, que se hallan encarnados en el sistema de los derechos y libertades fundamentales; máxime si se tiene presente que el Tribunal Constitucional se ha referido de forma expresa a las dificultades que entraña la admisión de la figura de la "inconstitucionalidad por omisión", ya que, como señala uno de sus fallos, "la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace" (STC, de 13 mayo 1982, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 14, 1982, p. 436).

Parece obligado recordar, por su actualidad, que el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 1º de marzo de 1984, aprobó el Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la iniciativa legislativa

popular. En el "Preámbulo" de dicho texto se invocan como principales virtualidades de este instituto su contribución para: "instrumentar la directa participación del titular de la soberanía en la tarea de elaboración de las normas que rigen la vida de los ciudadanos"; al tiempo que posibilita también "la apertura de vías para proponer al Poder Legislativo la aprobación de normas cuya necesidad es ampliamente sentida por el electorado, pero que, no obstante, no encuentren eco en las formaciones políticas con representación parlamentaria".

Ahora bien, el Proyecto no ignora las limitaciones que afectan a la iniciativa legislativa popular derivadas de las enseñanzas de la experiencia histórica. En concreto, se tiene presente en el "Preámbulo" del Proyecto la posibilidad que el recurso al pronunciamiento popular directo pueda servir de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o incluso para intentar legitimar, con un supuesto consenso popular, lo que no es sino la imposición de la voluntad de una minoría. Por ello, el proyecto indica expresamente que la iniciativa popular en nada debe afectar o menoscabar el máximo papel institucional que corresponde a los partidos políticos como órganos de manifestación de la voluntad de los ciudadanos e instrumentos fundamentales de la participación política. De ahí que se justifique y se reitere en el Proyecto del Congreso el criterio constitucional de excluir de la iniciativa legislativa popular las materias a las que, como se ha indicado, alude expresamente el artículo 87.3 de la Constitución, a las que el Proyecto añade aquellas otras cuya iniciativa reguladora se halla reservada por la norma fundamental a órganos concretos del Estado. Tales supuestos son, a tenor del artículo 2 del Proyecto, la planificación de la actividad económica cuya iniciativa se halla atribuida al gobierno por el artículo 131 de la Constitución; así como la elaboración de los presupuestos generales del Estado, competencia también reservada al gobierno en virtud del artículo 134.1 de nuestra ley de leyes.

Para la puesta en marcha del procedimiento de iniciativa legislativa popular se exige, a fin de evitar eventuales ambigüedades, imprecisiones o contradicciones internas, la presentación de un texto articulado dotado de unidad sustantiva, evitando que verse sobre materias diversas carentes de la necesaria homogeneidad. El texto de la proposición debe ser presentado por una Comisión Promotora (artículo 3). Para evitar gastos y esfuerzos inútiles, se halla previsto un examen de admisibilidad del texto a cargo de la Mesa del Congreso (artículo 4); tipificándose las causas de inadmisión (artículo 5). Se halla previsto en el Proyecto que contra la decisión de la Mesa del Congreso, la Comisión Promo-

tora puede entablar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 6). Por último, se prevé una compensación estatal por los gastos realizados, siempre que se haya alcanzado el número de firmas exigidas para que prospere la iniciativa. Con ello se pretende evitar que resulte inviable, por motivos económicos, el ejercicio de una forma de participación en la vida política reconocida en la Constitución.

3. *El defensor del pueblo*

El artículo 54 de la Constitución de 1978 ha consagrado la institución del defensor del pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa específica de todos los derechos fundamentales comprendidos en el título I, para lo que podrá supervisar la actividad de la administración dando cuenta a las Cortes.

El antecedente inmediato de la figura del defensor del pueblo en el constitucionalismo comparado es la institución sueca del *Ombudsman*, que adquirió su configuración precisa en los inicios del pasado siglo. El *Ombudsman*, que significa en sueco mandatario o representante, es una personalidad de probados conocimientos jurídicos e integridad moral elegida por el Parlamento para investigar las quejas de los ciudadanos frente a las actuaciones de los funcionarios públicos. Al margen de su labor de control, el *Ombudsman* remite anualmente al Parlamento un informe en el que pone de relieve los principales errores advertidos en el funcionamiento de la administración. A través de dicho informe, el *Ombudsman* desarrolla una intensa e importantísima tarea para el perefeccionamiento de la tutela y el régimen positivo de los derechos y libertades.

Esta institución se ha extendido posteriormente a los demás países nórdicos, e incluso a Gran Bretaña, que a partir de 1967 creó una comisión parlamentaria inspirada en el modelo sueco; así como a Francia, donde en el año 1973 se creó la figura del *Médiateur*.

Nuestra Constitución vigente faculta al defensor del pueblo para interponer el recurso de inconstitucionalidad (artículo 162.1.*a*), así como también el recurso de amparo (artículo 162.1.*b*). De este modo, esta institución puede actuar como portavoz de los derechos e intereses individuales y colectivos y de las situaciones vinculadas al estatuto de los derechos y libertades fundamentales que, por carecer de la oportuna legitimación activa, para acceder a esas vías de protección jurisdiccional, corren el riesgo de engendrar situaciones de práctica indefensión.

El artículo 54 de la Constitución ha sido desarrollado por la Ley

Orgánica de 6 de abril de 1981 sobre el defensor del pueblo. En dicho texto se le asigna la tarea de proteger, de oficio o a petición de parte, los derechos fundamentales proclamados en el título I, supervisando las actuaciones de la administración (artículos 1 y 9.1).

La legitimación activa para presentar quejas ante el defensor del pueblo es amplísima, no sólo en razón del sujeto (puede presentarla cualquier persona sin discriminación de nacionalidad, edad, sexo, residencia, incapacidad legal, internamiento en centro penitenciario, relación de dependencia con la administración...), sino también del objeto, ya que no es necesario ser titular de un derecho fundamental, resultando suficiente la invocación de un interés legítimo (artículo 10.1).

Una de las funciones más importantes para la tutela de los derechos fundamentales, que corresponde al defensor del pueblo, es la que se refiere a la presentación de sus informes. Tales informes pueden ser de dos tipos: ordinarios, que deberán ser presentados anualmente ante las Cortes para dar cuenta de la labor realizada (artículo 32.1), y extraordinarios, que podrán presentarse ante las diputaciones permanentes de las cámaras cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen (artículo 32.2). Tales informes abren una importante vía dinamizadora del estatuto de los derechos fundamentales al suponer una denuncia ante las Cortes de las eventuales situaciones de carencia o lagunas en el sistema de los derechos fundamentales constitucionalmente positivados, así como posibles deficiencias en la formulación normativa de los derechos y libertades reconocidos.

El defensor del pueblo puede actuar, por tanto, como cláusula de garantía para una constante revisión actualizadora o "reciclaje", que asegure la adecuación del sistema constitucional de los derechos fundamentales a la evolución de las aspiraciones y necesidades individuales y colectivas. Sus informes pueden prestar una valiosa contribución que impulse y oriente la actividad legislativa de las Cortes Generales encaminada a perfilar y desarrollar el estatuto normativo de los derechos fundamentales, así como para establecer el orden de prioridades en dicho proceso.[15]

[15] *Cfr.*, Fix-Zamudio, H., *La protección procesal de los derechos humanos*, cit.; *id.* "Reflexiones comparativas sobre el ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1979*, México, 1980; Gil Robles, A., *El defensor del pueblo*, Madrid, Civitas, 1979; Pérez Luño, A. E., "La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del defensor del Pueblo", en curso de publicación en el *Anuario de Derechos Humanos*, en su vol. 4 en homenaje al profesor Ruiz-Giménez.

CRÓNICA DE UN ERROR: EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LEYES ORGÁNICAS

JAVIER PÉREZ ROYO *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Génesis del recurso previo de inconstitucionalidad: "Racionalidad limitada pero controlable."* III. *El debate parlamentario sobre el recurso previo de inconstitucionalidad: de "consulta" a "recurso".* IV. *El recurso previo de inconstitucionalidad en la práctica.* V. *Un punto a favor: el recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA).* VI. *El recurso previo de inconstitucionalidad contra la Reforma de la Ley de Elecciones Locales.* VII. *El recurso previo de inconstitucionalidad contra la despenalización del aborto.* VIII. *La dimensión temporal del recurso previo de inconstitucionalidad.* IX. *La proposición de ley de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad.* X. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando a mediados del siglo pasado C. F. von Gerber se enfrenta con la tarea de iniciar lo que posteriormente ha sido reconocido como el proceso de constitución del derecho público como ciencia, procedió de la manera que suele ser usual en estos casos: delimitando lo nuevo respecto de aquello que había existido inmediatamente antes. es decir, el derecho público del Estado constitucional respecto de la materia homóloga en los últimos momentos de la monarquía absoluta.[1]

El juicio de Von Gerber era tajante [2] y las razones en las que lo

* Catedrático de derecho constitucional, Universidad de Sevilla.

[1] Aunque el desarrollo de forma sistemática de un sistema de derecho público lo haría von Gerber en sus *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (Aalen, 1969), la diferenciación más neta del nuevo derecho público respecto del anterior la formula von Gerber en *Über öffentliche Rechte* (übingen, 1913, reimpresión de la edición de 1852), especialmente en las páginas introductorias del trabajo.

[2] Gerber, C. F. von, *Über öffentliche Rechte*, p. 1-2: "El Derecho Público alemán ha pasado a ser un Derecho completamente nuevo; los fundamentos anteriores del mismo han sido destruidos e incluso el terreno sobre el que dichos fundamentos descansahan ha sido modificado y renovado; el abismo entre el presente y el siglo pasado es más profundo que el que suele separar normalmente a una serie de siglos."

apoyaba variadas.[3] Pero hay una que me interesa destacar especialmente. Según él, el derecho público del Estado constitucional se diferenciaba de la reflexión jurídico-pública de finales del XVIII por su pretensión de constituir un auténtico sistema, en el que los distintos elementos mantienen una relación de coherencia recíproca y todos son deducibles a partir de principios generales sobre los que se basan. Esto es lo que constituye su carácter científico [4] y es algo que lo diferencia esencialmente de la reflexión jurídico-pública anterior, que carecía de tal carácter y se tenía que limitar a ofrecer una simple "estadística" [5] de las relaciones jurídico-públicas, sin poder presentarlas como "formas de manifestación de un principio fundamental único".[6]

El derecho público del Estado constitucional es, pues, desde sus mismos orígenes, un derecho con pretensión de racionalidad, sistemático, en el que debe darse una relación de coherencia lógica entre sus diferentes componentes. Con esta vocación nace, y esa ha sido la orientación que ha presidido su desarrollo a lo largo de estos dos siglos. Y de ahí la alergia del sistema a la introducción de cualquier mecanismo, de cualquier institución "ilógica", "incoherente" respecto del mismo, aunque pueda parecer inicialmente de escasa importancia.

Bien es verdad que el derecho es un instrumento para resolver lo más pacíficamente posible los conflictos que se producen en la sociedad y que la lógica del sistema jurídico se ve influenciada necesariamente por la forma en que históricamente se manifiestan esos conflictos. Desde este punto de vista, el elemento histórico tiene que ser tomado muy en consideración a la hora de establecer o modificar un sistema jurídico, así como en el momento de efectuar una exposición del mismo.[7]

[3] Gerber, C. F. von, utiliza fundamentalmente dos argumentos: el primero, el del carácter privado del poder político frente al carácter objetivo y despersonalizado del mismo característico del Estado constitucional, y segundo, consecuencia del anterior, imposibilidad de reproducir ese objeto unitariamente a partir de unos principios generales y abstractos que serían sus elementos reguladores. *(Über öffentliche Rechte,* pp. 3 y ss.).

[4] Pues para von Gerber sólo es ciencia la comprensión unitaria de todos los fenómenos jurídicos en su forma de manifestación a partir de los elementos más generales y abstractos contenidos en dichos fenómenos, como se desprende con toda claridad de la Vorrede de los *Grundzüge de deutschen Staatsrechts,* p. V. En este terreno, von Gerber no hace más que conectar con la tradición racionalista en las ciencias sociales, que resumiría de forma magistral Hegel en la *Rechtsphilisophie* al afirmar en relación con la economía política que es "una ciencia que hace honor al pensamiento, *porque descubre las leyes para una masa de acontecimientos fortuitos*" (Werke, Bd. 7, p. 347. Frankfurt am Main, 1970).

[5] Gerber, C. F. von, *Über öffentliche Rechte, cit.,* p. 9.

[6] Gerber, C. F. von, *Grundzüge..., cit.,* p. V.

[7] Ya Hegel en su *Rechtsphilosophie,* p. 35, resalta expresamente la importancia

Este es el motivo de que la evolución del derecho público europeo contemporáneo para convertirse en un auténtico sistema lógico y coherente no haya sido lineal y de que en el proceso de imposición definitiva de la sociedad civil y de su forma política, el Estado constitucional representativo, dicho sistema haya tenido que convivir a lo largo de muchos decenios con elementos procedentes de épocas anteriores, que han jugado un papel no pequeño condicionando su desarrollo. La historia del derecho constitucional está jalonada de tales ejemplos. Baste pensar en la disputa sobre el concepto de soberanía y el poder constituyente a lo largo de muy buena parte del siglo XIX, en la organización dualista del Poder Ejecutivo con la separación entre jefatura del Estado y presidencia del gobierno, en la subsistencia durante mucho tiempo de las Segundas Cámaras privilegiadas, en las dificultades de afirmación de la Constitución como norma jurídica y en la resistencia al control de constitucionalidad, etcétera.

Pero si el desarrollo no ha sido lineal e inmediato, la dirección del mismo sí ha sido inequívoca, imponiéndose, por lo general, como dirían nuestros constituyentes de 1837,[8] la razón a los obstáculos históricos, y afirmándose de manera bastante precisa el sistema jurídico-público como un sistema lógico, coherente, en el que las piezas encajan. Las excepciones, cuando las ha habido, han sido eso, excepciones, motivadas casi siempre por circunstancias políticas coyunturales, aunque importantes, que las justifican y que, precisamente por ello, tendían a diluirse, perder importancia o incluso desaparecer, una vez separadas las circunstancias a las que debían su existencia.

En realidad, esto es algo tan obvio, tan evidente, que causa sonrojo casi el recordarlo. Si lo hago aquí, es para intentar poner de manifiesto sobre un ejemplo concreto, hasta qué punto puede llegar a ser nociva la ruptura de la lógica en el sistema jurídico, aunque pueda parecer de

del "elemento histórico" en todo derecho positivo y afirma de manera expresa que "la legislación en general y sus determinaciones particulares no deben ser consideradas aisladamente y en abstracto, sino más bien como momento dependiente de la totalidad, en conexión con todas las demás determinaciones que constituyen el carácter de una nación y de una época".

[8] En relación con las Segundas Cámaras hereditarias o privilegiadas y en clara referencia a la Cámara de los Lores inglesa, el dictamen de la Comisión de Constitución dice: "La historia, que ha recogido las pruebas de los bienes que haya podido procurar por cierto tiempo semejante institución en tal cual país, la historia misma la juzgará un día (y quizá no esté muy distante) más de acuerdo con la razón, *que concluye siempre por triunfar de todas las anomalías que el tiempo suele presentarnos.*" (Sevilla Andrés, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, t. I, 1969, p. 311.)

no demasiada importancia al principio, y la cantidad de acciones incoherentes que puede desencadenar, incluso por parte de personas e instituciones cuya preparación técnica y buen sentido jurídico está por encima de toda sospecha.

El ejemplo es el recurso previo de inconstitucionalidad (RPI) contra leyes orgánicas, no previsto en la Constitución, introducido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y suprimido por la Ley Orgánica 4/1985 de 7 de junio por la que se derogaba el capítulo II del título VI de la LOTC, tras haber sido resuelto de forma negativa el pintoresco RPI promovido en su día por 53 diputados del Grupo Popular (Sentencia del Tribunal Constitucional —STC— 66/1985, de 23 de mayo).

II. Génesis del recurso previo de inconstitucionalidad "racionalidad limitada pero controlable"

Como es sabido, el Constituyente español optó por un control de constitucionalidad exclusivamente represivo, *a posteriori*, como habían hecho la mayor parte de sus homólogos europeos, con la notable excepción del de la Vª República francesa. Nada había en la Constitución que permitiera, en principio, introducir el control previo de constitucionalidad, ya que el apartado *d)* del artículo 161 de la Constitución española (CE) admitía la posibilidad de extender el conocimiento del Tribunal Constitucional (TC) a las "demás *materias* que le atribuyan la Constitución y las Leyes Orgánicas", y con el control previo no se ampliaban las materias sometidas al conocimiento del TC, pues ya la Constitución lo había atribuido al conocimiento de los Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas, sino que, como se puso inmediatamente de manifiesto en el debate parlamentario y posteriormente en la doctrina,[9] *se modificaba la naturaleza del control* efectuado por dicho órgano, que pasaba de ser un control *exclusivamente* represivo a otro *también* preventivo. En consecuencia, la interpretación del artículo 161.1.*d*) de la CE efectuada por la LOTC resultaba en sí misma de constitucionalidad más que dudosa.[10]

[9] Cruz Villalón, Pedro, "El control previo de constitucionalidad", *Revista de Derecho Público*, núm. 82, 1981, pp. 15 y ss. Las referencias al debate parlamentario se reflejan exhaustivamente en notas posteriores.

[10] Este argumento es utilizado en el debate parlamentario sobre la LOTC por el diputado Peces Barba fundamentalmente: "...esta materia que aquí se pretende introducir no es distinta, sino que es una forma diferente, una técnica diferente para establecer el control de constitucionalidad" *(El Tribunal Constitucional. Trabajos*

Pero no es esto lo que me interesa resaltar en estos momentos, pues el tema ya ha sido suficientemente estudiado.[11] Sobre lo que me interesa llamar la atención es sobre la configuración inicial del RPI en el Proyecto de LOTC remitido en su día por el gobierno de UCD al Congreso de los Diputados, porque no es una cuestión irrelevante a la hora de formular un juicio sobre el sentido con el que se pensó la institución y el que adquirió al incorporarse, como lo hizo, a nuestro ordenamiento de manera definitiva. Como voy a tratar de poner de manifiesto a continuación, fue el abandono de esa configuración inicial del RPI la causa prácticamente de todos los trastornos originados por el instituto a los que me referiré más adelante.

En efecto, el Proyecto de LOTC configuraba un RPI que se calcaba en buena medida sobre el modelo previsto para el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, sobre cuya adecuación a la Constitución no existen dudas. En especial, por lo que a la legitimación para interponer el RPI se refiere, que es la cuestión decisiva en relación con el mismo, el Proyecto de LOTC en el artículo 84 se la confería a "los órganos legitimados según el artículo anterior", que era el que regulaba el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Estos órganos eran, concretamente, el gobierno y cualquiera de ambas cámaras.

parlamentarios, Madrid, 1980, p. 224). Posteriormente, en el debate sobre la proposición de ley socialista de reforma de la LOTC, sería el diputado Pérez Royo quien volvería sobre el argumento, afirmando que el recurso previo "es una institución que desnaturaliza el modelo que la constitución establece" y que afecta "a la esencia de la función del Tribunal Constitucional". *(BOC. Diario de Sesiones,* núm. 144, sesión de 18 de septiembre de 1984, pp. 6513 y 6514.) Por lo demás, la mayor parte de los autores se han manifestado contrarios al instituto previsto por el Constituyente: González Pérez, J., *Derecho procesal constitucional,* Madrid, 1980, pp. 269 y ss.; Domínguez, S., "El Tribunal Constitucional y su entorno europeo", en *El Tribunal Constitucional,* I, Madrid, 1981, pp. 844 y ss.; Almagro Nosete, J., *Justicia constitucional,* Madrid, 1980, pp. 351 y ss.; Alba Navarro, M., "El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica", *Revista de Derecho Político,* núm. 16, 1982-83, pp. 167 y ss.; Santaolalla López, Fernando, "Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Político,* núms. 18-19, 1983, p. 179, lo tacha abiertamente de inconstitucional, encabezando el apartado 2 con el título "Inconstitucionalidad del recurso previo" y afirmando al respecto: "Es evidente que este ensanchamiento de competencias no resulta admisible cuando el mismo se hace en contradicción con otros preceptos constitucionales. La ampliación de materias nuevas sólo debe ser posible en cuanto no se oponga a los límites constitucionales", pues "un extremo tan importante como el recurso previo debería estar reconocido en la propia Constitución, o cuando menos resultar armonizable con sus disposiciones. Sin embargo, no sucede ni una cosa ni otra".

[11] Véase la nota anterior.

Así pues, aunque el Proyecto de LOTC utilizaba en el artículo 84 repetidamente el término "recurso" [12] al referirse al RPI, en realidad se trataba más que de un recurso de una especie de "consulta" al TC sobre determinados textos normativos, de forma similar a como se hace con los tratados internacionales en interpretación relativamente pacífica en la doctrina.[13]

Ello se desprendía con relativa claridad de la forma en que se regulaba la legitimación para interponerlo ya indicada. El gobierno y las cámaras, es decir, la mayoría de estas últimas y, por lo tanto, la misma fuerza política en un sistema parlamentario, eran los únicos legitimados para interponerlo. Y teniendo en cuenta que en los casos de leyes orgánicas éstas son siempre el resultado de la voluntad mayoritariamente cualificada del Congreso de los Diputados y mayoritaria a secas del Senado, y que en los Estatutos de Autonomía la decisión, en última instancia, también correspondería a las cámaras, siempre en los que hubieran de tramitarse por la vía del artículo 143 de la CE y, en todo caso, si no se producía un acuerdo entre la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados y la Delegación de la Asamblea de Parlamentarios de la Comunidad Autónoma correspondiente, en los tramitados por la vía del artículo 151 de la CE, pues resulta bastante claro que el planteamiento de la cuestión no tenía un carácter de recurso, sino de consulta. El gobierno y las cámaras podían solicitar la intervención del TC, *no en relación con decisiones ajenas, sino propias*. Y esto realmente no es lo que se entiende por recurso, sino por consulta.

Esta configuración del mal llamado en el Proyecto de LOTC, RPI deja traslucir perfectamente lo que con él se pretendía:

1º Se trataba de un instrumento del que previsiblemente no se iba a hacer uso. Dicho con otras palabras, se incluía por si acaso resultaba imposible llegar a un acuerdo en la negociación de algunos Estatutos de Autonomía, los que se tramitaran por la vía del artículo 151 de la CE.

2º Era una institución que únicamente tenía sentido en relación con dichos Estatutos de Autonomía, pero en absoluto en relación con las leyes orgánicas, ya que éstas son productos exclusivos de las Cortes Generales y es absurdo pensar que las mismas cámaras que aprueban una ley recurran al TC contra ella (tampoco, por supuesto, el gobier-

[12] Véase la reiteración del término en la redacción del capítulo II del título VI del Proyecto de LOTC.

[13] Véase, por todos, Remiro Brotons, A., "Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales", *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-83, pp. 109 y ss., en especial pp. 116 y ss.

no, quien con casi absoluta seguridad será el autor del Proyecto aprobado por las cámaras). La inclusión de las leyes orgánicas junto a los Estatutos de Autonomía como posibles objetos de RPI no tenía otra finalidad que la de no hacer aparecer en toda su desnudez el propósito que se perseguía.

3º La institución no tenía, por lo tanto, nada que ver con la protección de las minorías, sino que era, por el contrario, un instrumento de la mayoría parlamentario-gubernamental, que era la que tenía que llevar el peso de la negociación con la Comunidad Autónoma correspondiente para la elaboración del Estatuto de Autonomía.

En pocas palabras: estábamos inicialmente ante una institución que, aunque no plenamente congruente con el modelo de control de constitucionalidad diseñado por el Constituyente, se apartaba de él de una manera controlada, justificada o susceptible, al menos, de serlo políticamente por las dificultades de la inicial puesta en marcha del Estado de las Autonomías, de constitucionalidad defendible, ya que en principio nada se opone en la Constitución a que el gobierno y las cámaras antes de tomar una decisión consulten al TC [14] y, sobre todo, *perfectamente inocua una vez que hubieran culminado los diferentes procesos estatuyentes*. El RPI estaba destinado a quedar como una suerte de reliquia histórica, de testimonio normativo adicional de las dificultades que inicialmente planteó la construcción del Estado de las Autonomías y nada más.

Sin embargo, en el iter parlamentario del Proyecto de LOTC, la institución va a experimentar un cambio notable, arrojándose por la borda el único elemento de racionalidad "histórica" en que la institución podía apoyarse y quedando configurada de manera completamente opuesta a como inicialmente había sido pensada.[15]

[14] Obviamente, no es que no exista duda alguna sobre la constitucionalidad del control previo incluso en dicha redacción inicial, ya que la intervención del TC en el procedimiento legislativo antes de que se haya producido la fase de integración de la eficacia de la norma y de manera además vinculante, como preveía el apartado 4 *a*) y *b*) del artículo 84 del Proyecto, no era algo querido por el Constituyente. Pero, en todo caso, de lo que no cabe duda es de que su constitucionalidad resultaba más defendible que la del RPI que finalmente se incorporó a nuestro ordenamiento.

[15] Opuesta por completo a la nuestra es la opinión de Manuel Gerpe Landín, quien considera que la institución es anticonstitucional y que, sin embargo, la regulación que hace de la misma la LOTC es "positiva" ("El control previo de constitucionalidad", *Revista Jurídica de Catalunya*", núm. 1, 1981, p. 207).

III. El debate parlamentario sobre el recurso previo de inconstitucionalidad: de "consulta" a "recurso"

La introducción del RPI contra Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas sería uno de los temás más polémicos del Proyecto de LOTC y de los que centraría la atención de los diversos grupos parlamentarios. con la excepción de UCD y CD, prácticamente todos los demás grupos parlamentarios presentarían enmiendas tendentes a la supresión pura y simple del RPI,[16] motivadas todas de manera similar: anticonstitucionalidad del instituto, incongruencia jurídica, control anómalo de la acción legislativa, atentado contra la soberanía e independencia del poder legislativo etcétera.[17]

Dichas enmiendas serían rechazadas por la Ponencia, en cuyo informe puede leerse, en relación con el artículo 84 del Proyecto: "Se han presentado las siguientes enmiendas (enumeración). No se aceptan las enmiendas mencionadas, por lo que se mantiene la redacción que figura en el Proyecto." [18] Y exactamente lo mismo ocurriría en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, en la que la única variación que se produciría sería la de que el artículo 84 pasaba a ser el 79, manteniéndose en lo demás inalterable.

Al haberse tramitado el Proyecto por el procedimiento de urgencia, el debate en el Pleno queda notablemente trastocado, hasta el punto de que, por lo que al RPI se refiere, la discusión no se produce a propósito del artículo 79, sino al principio, en torno al artículo 2,[19] y, al final, en turno de explicación de voto, las enmiendas al artículo 79 son simplemente derrotadas por 169 votos contra 140 y 3 abstenciones en la sesión de 23 de julio de 1979, sin que ningún grupo parlamentario consumiera turno alguno ni a favor ni en contra de las mismas.

Los argumentos que se utilizaron en el debate inicial giraron en torno a la inconstitucionalidad del RPI, poniéndose de manifiesto que la in-

[16] Enmiendas 39 y 55 del Grupo Socialista (46 y 51); 71 y 83 de Socialistas de Catalunya (51 y 58-59); 145 y 181 de Minoría Catalana (75-76 y 87); 216 de Herrero de Miñón (98); 222 del Grupo Vasco (105); 225 y 228 Grupo PCE-PSUC (106 y 117). Los números entre paréntesis corresponden a las páginas en el volumen *Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980.

[17] Las más expresivas, sin duda, en su justificación son las enmiendas 181 de Minoría Catalana y 222 del Grupo Vasco.

[18] *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 144.

[19] "Para cumplir en lo posible el mandato de la Presidencia derivado de la declaración de urgencia de este proyecto, voy a intentar, en esta defensa del tema al artículo 2º que creemos que es suficiente, no intervenir en el actual artículo 79" (diputado Peces Barba, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 224).

terpretación efectuada por el Proyecto de LOTC del artículo 161.1.*d*) de la CE no era aceptable, en la medida en que suponía no extender el conocimiento del TC a otras materias, sino cambiar la naturaleza del control,[20] además de que era incompatible con otros artículos de la Constitución [21] e incongruente, en general, con el sistema de control de constitucionalidad diseñado por el Constituyente.[22]

Pero más interés para nosotros tiene el turno de explicación de voto que consumen los diferentes grupos parlamentarios en la sesión de 24 de julio de 1979, tras haber sido aprobado el Proyecto en votación de totalidad por 179 votos frente a 140 y 10 abstenciones. En dicho turno de explicación de voto, el Grupo Parlamentario Socialista y el de los Socialistas de Catalunya intervendrán para explicar su voto negativo al Proyecto, voto que se justifica fundamentalmente en la introducción por el mismo RPI.[23] Aunque los demás grupos parlamentarios —con la excepción de los de UCD y CD— también están en contra del RPI, serán los socialistas los que únicamente argumentarán en este momento acerca del tema.

Sin duda, la intervención central corresponde al portavoz del PSOE, señor Peces-Barba, quien, tras afirmar de manera tajante que "los socialistas hemos votado en contra de la ley... porque entendemos que este proyecto de ley... es en sí mismo inconstitucional",[24] justificaba esta afirmación en dos motivos, de los cuales el fundamental era el de que "este proyecto viola el espíritu y el acuerdo general de la Constitución que eligió un sistema de control *a posteriori*, un sistema que se desprende de todo el texto constitucional y que, desgraciadamente, se ha visto ampliado por un control previo que no tiene, a nuestro juicio, ningún sentido".[25] Tan claro le parecía este motivo de inconstitucionalidad, que

[20] Con riesgos notables de politización del TC, como afirma expresamente el diputado Roce Junyent (*Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 217).

[21] La intervención más completa en este sentido sería la del diputado del Grupo Socialista, Peces Barba, quien pondría de manifiesto la incompatibilidad del RPI con lo que dispone el artículo 164, CE, sobre las sentencias del TC, así como con lo establecido en el capítulo II del título III "De la elaboración de las Leyes" (*Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 226); también la del portavoz del PCE-PSUC, Solé Tura (p. 231).

[22] Fundamentalmente, las intervenciones de los diputados Peces Barba, pp. 225 y 226, y Solé Tura, pp. 230 y 231.

[23] El portavoz del PSOE anuncia la oposición al Proyecto por dos motivos: 1º La inclusión de los conflictos de atribuciones y 2º El RPI, pero afirma expresamente que le preocupa *"sobre todo el segundo tema"* (*Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 285).

[24] Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, p. 285.

[25] *Ibidem.*

el diputado Peces-Barba llega a "anunciar nuestra posición de preparar y de dar trabajo ya al Tribunal Constitucional, lo cual no deja de ser realmente paradójico".[26]

El portavoz de los Socialistas de Catalunya, señor Martín Toval, también argumentaría expresamente el rechazo del Proyecto por la introducción del RPI, extendiéndose, con una muy defectuosa comprensión del alcance del instituto, sobre la importancia del mismo en relación con las leyes orgánicas,[27] respecto de las cuales, como se ha visto, el RPI en su configuración inicial no podía jugar ningún papel.

A diferencia de lo que viene siendo usual en nuestra práctica legislativa en la que el Senado apenas si juega papel alguno, en este caso y en especial en lo que al RPI se refiere, su intervención va a resultar decisiva.

En principio, el escenario no parecía que fuera a ser muy diferente en la Segunda Cámara del que había sido en la Primera. Las enmiendas presentadas —salvo una— hacían prever un enfrentamiento en los mismos términos y con idénticos protagonistas.

Y sin embargo, se va a producir un cambio, y un cambio muy significativo e importante. El origen del mismo está en las negociaciones políticas entre los diferentes partidos, y en especial entre la UCD y el PSOE, tendentes a evitar el enfrentamiento anterior y a conseguir que una Ley tan importante como ésta se aprobara con el mayor consenso posible. Obviamente, esto es algo que desborda el marco de este trabajo, que pretende hacer simplemente un análisis desde una perspectiva jurídica del RPI. Si lo menciono es porque se desprende claramente de la lectura de los debates parlamentarios y porque, además, va a repercutir de manera inmediata y directa en la configuración jurídica de la institución que estoy estudiando.

En efecto, como ya se ha visto, el RPI era el obstáculo más importante para que los socialistas aceptaran el Proyecto de LOTC. Y de ahí que sobre él se intentara buscar un acuerdo. El instrumento para conseguirlo sería una enmienda presentada por el senador de UCD, Soriano Benítez de Lugo, que propugnaba una nueva redacción del artículo 79, en la que, junto a determinadas cuestiones de tipo técnico referidas sobre todo al momento procedimental-parlamentario en que se podría plantear el RPI ante el TC, se modificaba de manera esencial la legitimación para interponer el RPI, que, en lugar de serle

[26] *Ibidem.*

[27] *Idem*, p. 290. "Pero es que, además, están las leyes orgánicas, y yo simplemente recuerdo que hay muchas leyes orgánicas..."

conferida en exclusiva al gobierno y las cámaras, se ampliaba a todos los órganos y fracciones de órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad ordinario.

La Ponencia aceptaría esta enmienda en su informe. La Comisión de Constitución del Senado también la haría suya en el dictamen y sería, finalmente, aprobada por el Pleno de la Cámara de manera unánime, por asentimiento.[28]

Por lo demás, dicho cambio sería valorado muy positivamente por el portavoz del PSOE, señor Laborda Martín, quien se referiría expresamente al mismo como una de las mejoras que permitían al PSOE votar afirmativamente el Proyecto.[29]

Dado que este último no había sido aprobado en los mismos términos por ambas cámaras, hubo de volver al Congreso de los Diputados para que éste se pronunciara sobre las enmiendas introducidas por el Senado, cosa que hace el 19 de septiembre de 1979, sesión en la cual, con excepción del voto en contra de los grupos parlamentarios PCE-PSUC y Andalucista y la abstención de CD, se aprueba el Proyecto de LOTC.[30]

En el turno de explicación de voto únicamente el diputado del PCE-PSUC, señor Solé Tura, sacaría a colación el tema del RPI como uno de los elementos justificativos del voto negativo de su grupo al Proyecto de ley,[31] mientras que el portavoz del PSOE, tras referirse en términos sumamente elogiosos al papel desempeñado por la Segunda Cámara,[32] afirmaría en clara alusión al RPI aunque sin mencionarlo, que las enmiendas del Senado *han venido a mejorar sustancialmente los puntos que al Grupo Parlamentario Socialista le produjeron muy graves reservas a este proyecto de ley*.[33] Ningún otro diputado se volvería a ocupar del tema.

Este es el iter parlamentario que sigue el Proyecto de LOTC en este punto. Y una vez llegado este momento, pienso que es oportuno formular dos conclusiones provisionales, cuyo alcance se verá más adelante. Son las siguientes:

1ª El RPI cambia por completo de configuración e incluso de natura-

[28] *Idem*, p. 484. "La votación en el Pleno del Senado del Dictamen en su totalidad se hace por asentimiento, Tribunal Constitucional..."

[29] *Idem*, p. 473.

[30] El resultado final de la votación fue de 249 votos a favor, 25 en contra y 11 abstenciones.

[31] Tribunal Constitucional..., *op. cit.*, p. 589.

[32] *Idem*, p. 590.

[33] *Ibidem*.

leza a lo largo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOTC. De ser una suerte de *consulta* susceptible de ser promovida por la mayoría parlamentaria y su gobierno y con posibilidad de ser utilizada en los casos de Estatutos de Autonomía tramitados por la vía del artículo 151 de la CE exclusivamente, se convierte en un auténtico *recurso*, que se pone a disposición de las minorías parlamentarias y de las comunidades autónomas y para ser utilizado fundamentalmente contra las leyes orgánicas.

2ª El artífice de este cambio es fundamentalmente el PSOE, quien con su irreflexiva oposición frontal a una institución, que no llega a comprender en sus términos exactos en el Proyecto inicial de LOTC, acaba consiguiendo, como vulgarmente se dice, un remedio peor que la enfermedad.

Pienso que esto es importante no perderlo de vista y tenerlo presente cuando lleguemos a desarrollos posteriores. Pero sigamos.

IV. El recurso previo de inconstitucionalidad en la práctica

Este cambio de naturaleza —de consulta a recurso— y del objeto posible del RPI —leyes orgánicas en lugar de Estatutos de Autonomía— se vio confirmado de manera indiscutible por el curso de los acontecimientos y de manera cuantitativamente importante. Mientras que ningún Estatuto de Autonomía fue objeto de RPI, sí lo fueron varias leyes orgánicas, aproximadamente el 25% de las aprobadas en la segunda legislatura hasta el momento en que se aprobó la ley orgánica por la que se suprimió el RPI,[34] y con una única excepción, que ahora analizo más detenidamente, lo que se le planteó al TC fueron auténticos recursos y no consultas, aunque éstas hubieran de tener en todo caso carácter vinculante.

Este es el primer dato a destacar en relación con el RPI. El hecho de que se hizo uso de él con cierta frecuencia. Una institución pensada inicialmente para que no tuviera que ser utilizada sino en muy última instancia, cuando se hubieran agotado todas las posibilidades de negociación entre el Estado y las CC.AA. del artículo 151 de la CE, lo fue de manera importante. No es de extrañar, en consecuencia, que con ello se ocasionaran perturbaciones en las que no se había reparado.

[34] *BOC, Diario de Sesiones*, núm. 128, sesión de 25 de mayo de 1984, pp. 5876-77. El diputado Ruiz Gallardón enumera los RPI interpuestos, si bien considera que las minorías han hecho "escaso uso" de la institución. En sentido opuesto naturalmente Sáenz de Cosculluela por el Grupo Socialista (p. 5884).

En cualquier caso y justamente como resultado de esa utilización cuantitativamente importante, disponemos de materia sobre la que reflexionar y no simplemente especular.

Dicha reflexión pienso que tiene que dirigirse en dos direcciones: una primera, en la que se trataría de determinar qué ventajas e inconvenientes puede haber comportado para nuestro sistema de justicia constitucional la introdución del RPI desde un punto de vista sustantivo, es decir, desde la perspectiva de la coherencia/incoherencia de las decisiones adoptadas por el TC, y una segunda, en la que se trataría de valorar la dimensión temporal de la institución que estoy analizando y de sus repercusiones en el juego político democrático en general.

V. Un punto a favor: el recurso previo de inconstitucionalidad contra la ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA)

Este fue el primer RPI que se interpuso. Y tanto por la importancia de la ley en cuestión por el carácter sumamente polémico del Proyecto y por las tensiones que generó durante su tramitación parlamentaria, acudir al TC mediante el RPI constituyó un elemento positivo, que contribuyó a pacificar los ánimos, a mejorar el clima político y a desplazar la solución del problema a un momento más alejado de acontecimientos sumamente perturbadores para la vida del país como fue el intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981.

Desde este punto de vista, pocas instituciones han podido contar con inicio tan afortunado y que hubiera podido contribuir tanto al prestigio de la misma. Si en los momentos iniciales hubo reservas por parte de determinadas fuerzas políticas frente al RPI, el uso que se hizo del mismo en el caso de la LOAPA vino en buena medida a disiparlas. En este sentido se expresaría con encomiable sinceridad en la sesión de 25 de mayo de 1984 el portavoz del Grupo Parlamentario Vasco, señor Vizcaya Retama, quien, tras reconocer que su "Grupo fue *manifiestamente contrario* a la introducción del recurso previo de inconstitucionalidad",[35] añadiría:

> Una institución que nosotros no vimos clara en su momento, e incluso consideramos una grave amenaza entonces para aquellas Leyes Orgánicas que eran los Estatutos de Autonomía, con el transcurso del tiempo se ha manifestado como una institución

[35] *Idem*, p. 5877.

> válida. Y pongo por ejemplo... el recurso previo contra la LOAPA... Si no se hubiese presentado aquel recurso previo y se hubiese paralizado la tramitación posterior del mismo, se hubiesen derivado graves perjuicios. Creo que habría existido mayor tensión en la ya tensionada vida política, y cualquiera que hubiese sido el fallo del Tribunal Constitucional supuso, a nuestro entender, una muestra clara de que esa institución que, vuelvo a repetir, mi Grupo criticó y respecto de la cual tiene reservas, no obstante, debe seguir manteniéndose vigente.[36]

Argumento que también utilizaría en la misma sesión el diputado de Minoría Catalana, señor Trias de Bes.[37]

El ejemplo no deja de tener importancia y el argumento es muy digno de ser tomado en consideración. Una institución que sirvió para ayudar a resolver un conflicto político-constitucional de tal importancia al menor coste posible, tenía por este simple hecho mucho a su favor.

Ahora bien, si se observa detenidamente el curso de los acontecimientos que condujeron al RPI contra la LOAPA, se pone inmediatamente de manifiesto la peculiaridad del mismo y su carácter marcadamente distinto de los demás que se interpusieron con posterioridad. Y de ahí que su valor como ejemplo legitimador de la institución deba ser matizado.

En efecto, el residenciar la LOAPA ante el TC fue sugerido en un primer momento como una especie de consulta por el portavoz del PSOE, el actual presidente del gobierno, y fue aceptado de forma inmediata por el grupo parlamentario de UCD. Dicho con otras palabras: las fuerzas políticas mayoritarias, abrumadoramente mayoritarias, que hubieran podido proceder incluso a una reforma de la Constitución, conscientes de la importancia del Proyecto en cuestión y de que se podía estar afectando al diseño constitucional del Estado de las Autonomías, propusieron, ante las dudas acerca de su constitucionalidad, consultar al TC.[38]

Aquí es donde está el origen del uso que se empezó a hacer de la institución. Y hay que decir, en consecuencia, que, aunque formalmente el planteamiento fuera el de un RPI, estábamos cabalmente ante un

[36] *Idem*, pp. 5877-78.

[37] *Idem*, p. 5882, quien habla de "ejemplo muy clarificador".

[38] Esto sería recordado por el diputado Cisneros Laborda, quien afirmaría: "Tampoco parece ocioso recordar que fue precisamente el grupo Socialista, y por voz del más ilustre representativo de sus integrantes, el hoy Señor Presidente del Gobierno, quien razonó en esta Cámara la conveniencia de contar con un pronunciamiento previo del Alto Tribunal sobre la constitucionalidad de la LOAPA" (p. 5879).

supuesto plenamente congruente con el Proyecto inicial de la LOTC. "Consulta" y consulta sugerida por la mayoría parlamentaria, que versa además sobre el título VIII de la Constitución, que, como ha sido sobradamente puesto de manifiesto, había quedado redactado de forma deliberadamente ambigüa y susceptible, como hoy se dice, de "diversas lecturas".[39]

La decisión del TC sobre la LOAPA fue sometida a crítica desde una perspectiva exclusivamente formal, por falta de coherencia con la naturaleza del RPI y de lo que debe ser la actuación del TC en estos casos, por F. Santaolalla, quien sostenía que el TC debería haberse limitado a constatar el carácter no orgánico del Proyecto y haber esperado para entrar en el fondo del asunto a que se hubiera planteado el recurso de inconstitucionalidad ordinaria, dado que el Proyecto, al no tener el carácter de ley orgánica, no era susceptible de RPI. De esta manera, venía a decir F. Santaolalla, el TC abría la puerta a posibles RPI contra leyes ordinarias, aumentando todavía más los peligros del RPI.[40]

No parece, sin embargo que esta crítica deba ser aceptada. Más bien al contrario. En mi opinión, la decisión del TC fue bastante lógica y acertada, justificable desde cualquier perspectiva. Las que calificaron el Proyecto de orgánica fueron las Cortes Generales. Para llegar a la conclusión de que no era, el TC tenía que entrar a examinar el contenido del mismo. Si en tal examen el TC llegaba a la conclusión de que dicho contenido era además inconstitucional, aunque no tuviera el carácter de orgánico, no parece razonable que tuviera que inhibirse para tener que pronunciarse poco después. Además de motivos de oportunidad política y economía procesal, (mucho más digno de ser tomados en consideración por la forma en que originariamente se le planteó la consulta así como por la propia naturaleza de la materia objeto de la misma), la misma naturaleza general de los procesos ante el TC pienso que amparan perfectamente este tipo de solución.[41]

[39] Véase, por todos, Cruz Villalón, Pedro, "La estructura del Estado o la curiosidad del jurista Persa", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número monográfico 4, pp. 53 y ss., quien habla de la "desconstitucionalización de la estructura del Estado" operada por la Constitución (p. 59).

[40] Santaolalla López, F., "Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad", *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, p. 189.

[41] Engelhardt, Dieter, *Die richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat*, JÖR n. F. Bd. 8, 1959, p. 121: "La concentración del control en un Tribunal Constitucional y la extensión de la legitimación para recurrir también a órganos políticos ha conducido a una autonomización del proceso constitucional. Los principios tradicionales del proceso han sido remodelados. La mejor definición del procedi-

En cualquier caso y al margen de esta cuestión discutible sobre un asunto de indudablemente menor transcendencia, lo que me interesa resaltar es que, mientras el RPI se mantuvo dentro de los límites mencionados —acuerdo prácticamente total de las fuerzas políticas en consultar al TC y sobre un tema tan central como es la construcción del Estado de las Autonomías—, que eran en buena medida los del primer Proyecto de LOTC, la institución resultaba aceptable y podría haberse admitido, como excepción que confirma la regla, al lado del recurso de inconstitucionalidad ordinario.

Sin embargo, en cuanto se traspasan esos límites, cosa que la configuración definitiva del RPI posibilitaba e incluso fomentaba, su utilización provocó trastornos de consideración en el sistema de justicia constitucional e incidió, además, de manera difícilmente tolerable en el juego político.

Pero esto pertenece a los siguientes apartados.

VI. El recurso previo de inconstitucionalidad contra la reforma de la ley de elecciones locales

Completamente distinto al que acabamos de analizar es este otro supuesto, en el que el TC resolvió el RPI interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica que reformaba determinados artículos de la Ley de Elecciones Locales. En él se iban a poner de manifiesto con claridad las inconsecuencias de carácter jurídico a las que la falta de coherencia del RPI con los demás elementos del sistema puede dar lugar.

En el voto particular del Magistrado Rubio Llorrente al auto del Pleno del TC de 21 de marzo de 1983 por el que se admitía definitivamente a trámite este RPI, se hacía referencia a ello, llegando a afirmar dicho magistrado que "la encomiable voluntad de hacer justicia sólo

miento de control ante los Tribunales Constitucionales es la de *procedimiento objetivo* (subrayado por el autor). El objeto del proceso no son ya derechos y obligaciones subjetivas, sino la validez de una norma jurídica. El proceso persigue, ante todo, la finalidad de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, y no la de proteger los derechos de individuos o de determinados grupos u órganos." Ello se traduce, como el propio Engelhardt indica, en una posición mucho más débil de los recurrentes ante un Tribunal Constitucional que la de las partes en un proceso civil o la de los afectados por un proceso penal o contencioso administrativo, ya que en el primer caso el recurrente simplemente actúa como impulsor inicial del proceso, quedando prácticamente desvinculado con posterioridad del objeto en litigio, cosa que no ocurre en los otros casos. De ahí que el margen de maniobra de un Tribunal Constitucional, una vez que se ha iniciado el proceso, sea extraordinariamente amplio y que su actuación en este caso sea perfectamente admisible.

puede actuarse dentro de los límites inmanentes al razonamiento jurídico",[42] afirmación con la que no se puede menos que estar de acuerdo. Pero lo que ocurre en esta materia es que los "límites inmanentes del razonamiento jurídico" se traspasaron al configurar la institución. Y ante esto bien poco es lo que se puede hacer a posteriori.

Los datos del caso eran los siguientes. El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modificaban determinados artículos de la Ley 37/1978 de 17 de julio, de Elecciones Locales, fue aprobado por las Cortes y publicado como Ley 6/1983 de 2 de marzo en el *BOE* del día 3. Ese mismo día 55 diputados pertenecientes a los Grupos Parlamentarios Popular y Minoría Catalana, que no habían anunciado en el debate parlamentario su intención de interponer RPI contra el Proyecto, lo interpusieron ahora ya contra la ley, puesto que se habían recorrido ya todos los momentos de la fase de integración de la eficacia de la norma, recurso que no fue admitido a trámite por la sección cuarta del TC con el argumento de que no cabía RPI contra una ley ya publicada en el BOE. Contra la providencia de dicha sección cuarta se planteó por los recurrentes un recurso de súplica ante el Pleno del TC, el cual mediante auto de 21 de marzo de 1983 dio la razón a los recurrentes y admitió a trámite el RPI, si bien no suspendió íntegramente la vigencia de la ley hasta tanto dictara sentencia, sino que se limitó a suspender la vigencia de los artículos que habían sido objeto de impugnación por los recurrentes.

En realidad, nos encontramos ante uno de esos casos en los que, desde una perspectiva lógica, no se salva nadie y en el que jurídicamente se puede contemplar una situación de barullo y de incongruencia más propia de una película de los hermanos Marx que de un procedimiento ante un Tribunal Constitucional.

Obviamente ello no tiene nada que ver con circunstancias personales o subjetivas, sino que todo arranca de la propia incoherencia de la institución que finalmente se introdujo en nuestro ordenamiento. Ya en el debate del Proyecto de LOTC diversos diputados y de manera muy especial el portavoz del Grupo Parlamentario PCE-PSUC, señor Solé Tura, se habían referido a que el RPI era incongruente con las normas de la Constitución relativas al procedimiento legislativo, haciendo mención expresa del artículo 91 de la CE.[43] Y en efecto, dicho artículo

[42] *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC)*, núm. 23, p. 292.

[43] *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 231; véase también el voto particular del magistrado Tomás y Valiente al auto de 21 de marzo de 1983, *BJC* núm. 23, p. 293.

dispone que "el Rey sancionará, en el plazo de quince días, las leyes aprobadas por las Cortes Generales" y, por lo tanto, es perfectamente admisible que las sancione al día siguiente. Sin embargo, en la LOTC se establece que en el plazo de tres días desde la aprobación del texto de una ley orgánica por las Cortes Generales, se podrá interponer el RPI, abriéndose con ello la posibilidad de una contradicción entre la CE y la LOTC. La sección cuarta del TC resolvió esta contradicción en el sentido de dar primacía a la CE sobre la LOTC y no admitió, en consecuencia, a trámite el RPI, mientras que el Pleno del TC optó "por una interpretación sistemática del ordenamiento que permite integrar ambos preceptos" [44] y que se concreta en entender que "el legislativo no debe proseguir la tramitación del texto definitivo del Proyecto hasta que transcurran los tres primeros días desde que dicho texto estuviera concluido".[45]

En cualquier caso, lo que está claro es que no hubo actuación de ningún órgano en todo el proceso que resulte plenamente defendible: la de la mayoría parlamentaria por someter a la sanción del rey un proyecto de ley orgánica sin esperar los tres días marcados por la LOTC; la de la minoría por no haber anunciado en el debate parlamentario su intención de interponer un RPI; la de la sección cuarta del TC porque, aunque desde un punto de vista jurídico-formal, su postura pueda ser defendida como coherente, desde un punto de vista sustantativo suponía, como diría el Pleno del TC, "la esterilización de un recurso establecido en una Ley Orgánica, del que se podría privar a los legitimados para interponerlo, reduciendo a letra muerta preceptos merecedores de inexcusable acatamiento",[46] y la del propio Pleno del TC porque, imposibilitado por las conductas anteriores de tomar una decisión jurídico-formal plenamente coherente, opta por una solución de "justicia material", pero incurriendo en otra inconsecuencia adicional: suspender parcialmente la vigencia de la ley, para lo cual evidentemente no tiene competencia según su propia ley orgánica, y cayendo en los que el magistrado Rubio Llorente en el voto particular antes mencionado califica de "activismo judicial" susceptible de "trastornar el delicado equilibrio de los poderes del Estado".[47]

No es de extrañar, en consecuencia, tras este conjunto de despropósitos, que las opiniones, mayoritariamente contrarias en la doctrina al

[44] *BJC*, núm. 23, p. 290.
[45] *Idem*, pp. 290-91.
[46] *Idem*, p. 290.
[47] *Idem*, p. 292.

RPI, se acentuaran todavía más y que las críticas a la institución alcanzaran, al comentar esta sentencia, lo que parecía iba a ser su punto culminante.[48]

VII. El recurso previo de inconstitucionalidad contra la despenalización del aborto

Sin embargo, con la sentencia 53/1985, de 11 de abril, el TC desbordaría ampliamente el nivel de "activismo judicial" alcanzado en la sentencia recién comentada, dando lugar a una crítica sumamente extendida, en la que manifestaron su opinión, como era lógico esperar dada la naturaleza del tema, no sólo círculos estrictamente académicos, sino también el conjunto de la sociedad a través de practicamente todos los medios de comunicación social así como mediante diversas iniciativas ciudadanas, singularmente de colectivos feministas.

En esta sentencia se plantean de forma paradigmática los peligros a los que está expuesto el control previo de constitucionalidad cuando se configura un TC con unas competencias tan amplias como las previstas en la CE de 1978, y la dificultad de que el TC no caiga en la tentación de invadir la competencia del legislador desde una doble perspectiva: bien corrigiéndolo, enmendándole la plana e indicándole lo que tiene que hacer, bien imponiéndole, mediante su interpretación, la proyección normativa de los valores constitucionalmente reconocidos.

En realidad y desde el punto de vista que a nuestro análisis interesa, la crítica de la sentencia se encuentra ya formulada en los diferentes votos particulares que los magistrados discrepantes de la "mayoría" adjuntaron a la misma. En todos ellos, además de manifestar su discrepancia en cuanto al contenido último del fallo, que debió ser, en su opinión, confirmatorio de la constitucionalidad del Proyecto impugnado, y que es algo que desde nuestra perspectiva resulta irrelevante, se le reprochaban a la sentencia dos cosas que sí interesan a nuestro análisis.

En primer lugar se le criticaba a la mayoría la transgresión de los límites dentro de los cuales el TC tiene que desempeñar su actividad. Este es sin duda el punto más fuerte y de mayor coincidencia entre los magistrados discrepantes. El TC, de acuerdo con la conocida formulación kelseniana, debe limitarse a ser "legislador negativo" y no debe ni

[48] Santaolalla López, F., *op. cit.*, p. 186: "La confusión y el embrollo creados con este incidente no han podido ser mayores. Todo ello es producto de la ya advertida falta de adecuación del recurso previo con el procedimiento legislativo constitucionalizado y, lo que es lo mismo, de su propia inconstitucionalidad."

intentar sustituir al legislador parlamentario ni aun sugerirle lo que debe hacer, que es justamente lo que hace la sentencia al indicarle al legislador qué cambios tendría que introducir en la norma despenalizadora del aborto para que fuera aceptable para el TC.

Y en este sentido, el magistrado Arozamena, ponente inicial del TC en esta sentencia, afirmaría que la mayoría con su "pronunciamiento... traspasa los límites jurídico-funcionales de la potestad jurisdiccional que incumbe al Tribunal Constitucional", pues "nuestro cometido... es concretar ésta [la inconstitucionalidad] y el precepto o preceptos constitucionalmente infringidos", estándole al TC "vedado... establecer modificaciones o adiciones al texto impugnado o establecer o adicionar otros preceptos. Esto es lo que hace la Sentencia cuando dice al legislador lo que debería hacer para adecuar los preceptos a la Constitución".[49] Afirmaciones parecidas se encuentran en los demás votos particulares. Desde el de Diez Picazo: "Tampoco creo que sea funcion del Tribunal colaborar en la función legislativa, orientarla o perfeccionarla",[50] pasando por el de Tomas y Valiente "el juicio de constitucionalidad no es un juicio de calidad o perfectibilidad...", pues "la jurisdicción constitucional es negativa..." no pudiendo "decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales",[51] o la de Latorre y Diez de Velasco: la interpretación de la mayoría conduce a la "inaceptable conclusión de que este Tribunal Constitucional puede actuar como legislador positivo en contra de la naturaleza de su función",[52] hasta la más rotunda de Rubio Llorente, según la cual:

> Con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes inherentes a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuera una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales.[53]

En el segundo punto, los magistrados discrepantes no coinciden en la misma medida que en el primero, siendo fundamentalmente dos, Tomas y Valiente y Rubio Llorente, quienes articulan dicha crítica.

[49] *BJC*, núm. 49, p. 536.
[50] *Idem*, p. 538.
[51] *Idem*, p. 539.
[52] *Idem*, p. 540.
[53] *Idem*, pp. 540-541.

Para el primero la mayoría incurre en "peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución", ya que la sentencia habla de la vida humana como "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" o "un valor fundamental" o un "valor central", confundiendo el concepto de persona como soporte y prius lógico de todo derecho con los valores realmentes reconocidos por la Constitución, que son la "libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" (artículo 1.1, CE) y sólo esos. De ahí que "llame la atención que en la sentencia" se pase por alto el "primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad", de donde "deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada".[54]

En esta misma dirección, aunque con más alcance, formula su crítica Rubio Llorente, quien condena en términos muy duros el proceder de la mayoría, la cual abstrae determinados valores de los preceptos constitucionales, para imponer a partir de tales abstracciones obligaciones al legislador, suplantando con ello no sólo el cometido propio de éste, sino invadiendo incluso la esfera reservada al poder constituyente.

> El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente, pues la proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al juez.[55]

Poco hay, realmente, que añadir a tales críticas, que subrayan perfectamente los peligros de los que debe huir la justicia constitucional en un Estado democrático y que resultan mucho más difícilmente soslayables para un TC en un control preventivo que en otro *a posteriori*. Si la casi totalidad de los sistemas de control de constitucionalidad han optado por un control *a posteriori*, a pesar de las ventajas que aparentemente ofrece el principio de más vale prevenir que curar, es precisamente por esto: por la imposibilidad casi absoluta en la práctica de que un TC no acabe cayendo en la tentación de invadir la esfera del

[54] *Idem*, p. 538.
[55] *Idem*, p. 541.

legislador, trastocando el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por el Constituyente. Frente a una ley ya vigente, la prudencia del TC tiene que ser forzozamente muy superior a la que necesita para enjuiciar un proyecto que todavía tiene que entrar en vigor. Asimismo, la tentación de corregir al legislador es más fácilmente resistible en un caso que en otro. La experiencia española del RPI no ha hecho sino confirmarlo.

VIII. La dimensión temporal del recurso previo de inconstitucionalidad

Ahora bien, siendo importantes las inconsecuencias en las que el TC ha incurrido en las sentencias a que acabo de referirme, la institución se habría posiblemente mantenido y continuaría formando parte de nuestro sistema de justicia constitucional, si no hubiera sido por la distorsión tan extraordinaria que el tiempo que exigía la tramitación del RPI introducía en el proceso político en general.

En efecto, el TC, desbordado por la acumulación de trabajo, estaba necesitando más de quince meses para tomar una decisión en los últimos RPI. Y esto era, desde todos los puntos de vista posibles, demasiado. La dimensión temporal tiene una importancia en el RPI muy superior a la que posee en el recurso de inconstitucionalidad ordinario, justamente porque, a diferencia de lo que ocurre en este último, en el primero se suspende la entrada en vigor de la norma hasta que el TC resuelve el recurso. De ahí la importancia de que sea resuelto con extrema celeridad, pues, de lo contrario, la dilación en la entrada en vigor de la ley y el consiguiente retraso en la aplicación de las decisiones tomadas por el legislador puede tener consecuencias negativas fácilmente comprensibles, además de convertirse en un acicate para que las minorías parlamentarias interpongan RPI, institución que puede convertirse de esta manera en un excelente instrumento de obstruccionismo político-parlamentario.

Un sistema de control de constitucionalidad preventivo sólo es congruente con unos plazos muy breves para dictar sentencia. Y ello es así porque el RPI constituye, en última instancia, un elemento más en el procedimiento de elaboración de la ley, y si, como suele ser frecuente en nuestra época de bicameralismo imperfecto, a la Segunda Cámara se le fija un plazo, normalmente breve, para que se pronuncie sobre el texto

aprobado por la Primera,[56] con mucha más razón ha de imponerse tal plazo a una institución no parlamentaria, que va a intervenir, sin embargo, en el proceso de elaboración de la ley.

En realidad, en el único sistema en que existe el control de constitucionalidad preventivo, en el de la V República francesa, el plazo que media entre la interposición del recurso y la decisión del Conseil Constitutionnel es de un mes como máximo. Y es un plazo que se cumple. En una única ocasión en más de 25 años ha necesitado el Conseil Constitutionnel más de un mes para dictar sentencia, fue concretamente en la Decisión 76-71 de 29-30 de diciembre de 1976 sobre la constitucionalidad de la elección por sufragio universal del Parlamento europeo en la única en la que el Conseil Constitutionnel necesitó cerca de dos meses (¡!) para tomarla. Y dicha excepción fue destacada inmediatamente por la doctrina como uno de los elementos más significativos de la misma.[57]

Bien es verdad que no han faltado voces que se han interrogado sobre la conveniencia de ampliar los plazos de los que dispone el Conseil Constitutionnel para adoptar su decisión, ya que a veces dichos plazos se han manifestado como un obstáculo para su actividad y le han impedido profundizar debidamente en el tema.[58] Pero, en general, la brevedad del plazo se considera congruente con la naturaleza del control elegido por el Constituyente y no hay previsiones de reforma en este punto.

Por lo demás, hay que resaltar que en este sistema de control preventivo el Conseil Constitutionnel se limita casi exclusivamente a resolver los recursos previos de inconstitucionalidad contra las leyes, sin tener que ocuparse de resolver recursos de amparo, conflictos de competencia y sin que se pueda acudir tampoco al Conseil Constitutionnel por la vía del control concreto o cuestión de inconstitucionalidad, ni residenciar ante él la legislación preconstitucional o posconstitucional, pero

[56] Artículo 90o.2 de la CE, que fija un plazo de dos meses.

[57] Favoreu, Louis, et Loïc Philip, *Les Grandes Dècisions du Conseil Constitutionnel*, 2ª ed., París, 1979, pp. 370-371: "Rarement, une saisine du Conseil Constitutionnel a provoqué autant d'intérêt et autant de commentaires divergents et passionés. *Rarement aussi, la réponse du Conseil Constitutionnel aura demandé une aussi longue réflexion et delibération de la part de nos neuf juges constitutionnels:* ..., le Conseil Constitutionnel a donc eu *deux mois* pour se prononcer, ce qui est *tout à fait inhabituel* pour un recours devant lui, puisque le juge constitutionnel doit statuer le plus souvent dans le délai maximun d'un mois."

[58] *Idem*, p. 356.

en vigor, y ni siquiera la legislación nueva, recurrida antes de ser publicada, que simplemente se limita a reproducir o desarrollar de manera inmediata legislación anterior vigente sea pre o posconstitucional,[59] con lo cual su actividad es mucho menor que la de los demás tribunales constitucionales.

Dicho en pocas palabras: las piezas del sistema francés de control preventivo encajan. Se podrá o no estar de acuerdo con él. Yo personalmente estimo preferible el sistema previsto en la Constitución española de 1978; pero este es otro tema. Lo que quiero indicar es que el control preventivo tiene su lógica y que no es compatible, sin grandes perturbaciones, con el control represivo o a *posteriori*.

Y esto es, justamente, lo que estaba ocurriendo en España. El control preventivo, inicialmente previsto para no ser utilizado o para serlo en casos tan circunscritos o sobre normas de tal naturaleza —Estatutos de Autonomía de 151 de la CE—, que hubieran tenido que sustanciarse de forma muy rápida, al introducirse en nuestro ordenamiento de la forma en que finalmente se hizo, empezó a surtir los efectos del control preventivo en tanto se tramitaba como si fuese un control represivo. Las consecuencias resultaron literalmente inaceptables, sobre todo desde la perspectiva de la acción política, ya que esta combinación fomentó la práctica del obstruccionismo de manera inadmisible. A la vista del tiempo que el TC necesitaba para resolver un RPI, todo recurso interpuesto con tal carácter contra una ley orgánica aprobada entre el primer y segundo año de la legislatura se resolvería casi en vísperas de las próximas elecciones generales, y los que se interpusieran a partir de la mitad de la legislatura se resolverían casi con toda seguridad después. Esto podría impedir que la mayoría parlamentaria desarrollara normalmente su programa político y podría conducir, en última instancia, a que se alteraran gravemente las reglas del juego político.

Este es uno de los puntos que fue resaltado con razón tanto por la

[59] En este sentido resulta decisiva la Dècision 78-86 de 27 de julio de 1978 sobre el monopolio de la radio y la televisión. Comentando dicha decisión, Favoreu y Philip, *op. cit.*, pp. 442-443, escriben: "Cette décision montre donc clairement quelles sont les limites du contrôle de la constitutionnalité des lois en France. Non seulement il n'est pas possible de contester la conformité à la Constitution d'une loi qui a été déjà promulguée, mais il n'est pas nòn plus possible de contester la conformité d'une loi que ne fait que reprendre un principe contenu dans une loi antérieure ou dont l'objet est simplement l'application de cette loi antérieure. Il s'agit là d'un principe fondamental qui caractérise notre système de contrôle de constitutinnalité et qui le distingue de la plupart des modèles étrangers."

doctrina,[60] como en los debates parlamentarios[61] y fue, aunque no se dijera expresamente, la razón fundamental que condujo al Grupo Parlamentario Socialista a presentar la proposición de ley tendente a suprimir el RPI de la LOTC.

IX. La proposición de Ley de reforma de la LOTC: la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad

A la vista de lo expuesto hasta el momento, creo que no resultará extraño que la supresión del RPI me parezca lógica. En realidad, lo ilógico fue introducirlo y sobre todo en la forma en que se hizo. En consecuencia, la supresión del mismo no hace más que restaurar la coherencia interna del sistema de control previsto por el Constituyente.

Y, sin embargo, el debate parlamentario sobre la supresión del RPI deja bastante insatisfecho. Con la excepción de los parlamentarios comunistas integrados en el Grupo Mixto, que lo tenían realmente muy fácil, ya que, como se limitó a recordar su portavoz en este caso, el diputado Pérez Royo, siempre habían estado en contra del RPI y por este motivo apoyaban la proposición de ley socialista de supresión del mismo,[62] ningún otro grupo parlamentario logra realmente convencer a cualquier lector "imparcial" del *Diario de Sesiones*.

El debate se desarrolló en dos planos: uno jurídico y otro político, aunque, como es lógico por la propia naturaleza del tema y por la sede en la que tiene lugar, ambos se entrecruzan constantemente.

[60] Ya Rubio Llorente y Aragón Reyes ("La jurisdicción constitucional", en García de Enterría y Predieri, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, p. 884) pusieron de manifiesto el carácter posible y desafortunadamente obstruccionista del instituto. Con posterioridad, M. Alba Navarro (*op. cit.*, p. 175) ha afirmado de manera rotunda que "el propio Parlamento, al aprobar este artículo 79, ha introducido uno de los mejores y más fáciles medios de hacer obstruccionismo parlamentario", y Santaolalla (*op. cit.*, p. 181) dice en el mismo sentido: "todo Estado requiere un mínimo de fluidez para la adopción de decisiones, *incompatible con supuestas garantías que no son propiamente tales, sino flancos abiertos para el más puro obstruccionismo.*"

[61] *BOC*, núm. 128 de 25 de mayo de 1984, p. 5884: "Podría ocurrir que se produjera el disparate de que una minoría parlamentaria, conforme avanza la legislatura, conforme se agota el periodo de la legislatura, pudiera congelar, por la vía del recurso previo, aplazando la decisión soberana de las Cámaras hasta otra legislatura, toda decisión de esas mayorías en materia de Leyes Orgánicas. Se daría el absurdo de que, a lo mejor, todas las Leyes Orgánicas de la segunda parte de un período de legislatura podrían quedar detenidas y congeladas, en virtud del supuesto derecho soberano de una minoría, para imponerse a una mayoría" (diputado Sáenz de Cosculluela).

[62] *BOC*, núm. 144 de 18 de septiembre de 1984, pp. 6513-14.

El debate jurídico no fue más que una reproducción del que se produjo cuando se aprobó la LOTC, si bien las posiciones aparecen algo más precisadas. Tal vez el único interés del mismo resida en la enmienda de texto alternativo presentada por el Grupo Parlamentario de Alianza Popular y calificada por su portavoz, señor Ruiz Gallardón, de solución "de compromiso y de transacción",[63] según la cual la interposición del RPI no supondría automáticamente la suspensión de la entrada en vigor del Proyecto de Ley Orgánica recurrido, sino que esto quedaría a expensas de la decisión que adoptara el propio TC al respecto.[64]

La enmienda no fue aceptada tras un breve debate entre el propio diputado Ruiz Gallardón y el portavoz socialista, señor Saenz de Cosculluela. Pienso que con bastante buen criterio. Si ya hemos visto la dificultad de conciliar el sistema de control preventivo y el represivo, todavía más complicada hubiera estado la materia de aceptarse dicha enmienda, ya que entonces tendríamos dos tipos de RPI, ampliándose los posibles riesgos de incoherencia jurídica.

Pero es que, además y sobre todo, la aceptación de tal enmienda habría acentuado más de lo tolerable la dimensión política del control de constitucionalidad.

En efecto, ya el propio control de constitucionalidad abstracto o recurso de inconstitucionalidad, en la medida en que supone examinar de manera inmediata y directa el trabajo de las cámaras, supone el punto máximo de intersección de la política y el derecho en la justicia constitucional. Y de ahí las garantías de que todas las leyes de tribunales constitucionales rodean a la institución, reduciéndola a veces para la solución de los contenciosos derivados de la distribución territorial del poder, como ocurre en Italia, y endureciéndose siempre la legitimación para recurrir.

Esto se acentúa más todavía, como es obvio, en el caso del RPI, sobre todo cuando no es una consulta obligatoria, como ocurre en Francia con las leyes orgánicas, sino que es un recurso potestativo. Y se acentuaría más de lo tolerable si se dejara a la discreción del TC decidir sobre la suspensión o no de la entrada en vigor del Proyecto de Ley Orgánica en cuestión. Como ya se dijo, la interposición del RPI en nuestro sistema, por la sola dimensión temporal del mismo que resulta inevitable en la práctica, se convierte en un elemento que incide de manera importante en el juego político, y, en consecuencia, obligar

[63] *Idem*, p. 6508.
[64] *Idem*, p. 6508-9.

al TC a pronunciarse en caliente dentro de este ámbito supondría comprometerlo más de lo razonable en la lucha política, aumentándose de paso los riesgos de "activismo judicial" y trastocándose el equilibrio querido por el Constituyente entre los diversos poderes del Estado.

Por lo que al debate político se refiere, el argumento fundamental de la oposición sobre el que volvieron los distintos grupos parlamentarios consistía en que el RPI era un instrumento de protección de las minorías, del que la mayoría, sin haberlo incluido en su programa electoral[65] y "a mitad de partido",[66] pretendía indebidamente despojarlas. El portavoz del Grupo Popular lo formularía con toda contundencia:

> En definitiva, de lo que se trata es sencillamente de lo siguiente: ¿queremos o no queremos defender un derecho que hoy tienen concedido las minorías? *No hay más que eso*... Se trata, en definitiva, de yugular, de coartar, por el peso de los votos, que no por el peso de la razón, las razones que la minoría puede tener para judicializar determinadas cuestiones ante el único organismo competente para resolverlas. Y no hay más que eso.[67]

No parece, en verdad, que sea necesario gastar demasiado tiempo en poner de manifiesto la inconsistencia del argumento, aunque habría que recordar —cosa que no hicieron incomprensiblemente los grupos parlamentarios de la oposición— que el PSOE, cuando era minoría, utilizó ese argumento, concretamente en el debate de la LOTC para justificar su aceptación, en última instancia, del RPI.

> Una vez más, diría ante el Pleno del Senado el señor Laborda Martín, ha quedado tasado el alcance de este recurso previo de inconstitucionalidad, y ahora nos encontramos con que solamente podrá producirse cuando las Cámaras hayan terminado su labor y, por otra parte, *quedan legitimadas, ampliando y reequilibrando lo que antes en la práctica era sólo potestad del Gobierno, las minorías parlamentarias* con la presencia de cincuenta Diputados y cincuenta Senadores.[68]

Pero al margen de ello, el argumento carece de consistencia, pues si hay algo que la génesis histórica de ambas formas de control de

[65] *BOC*, núm. 128 de 25 de mayo de 1984, p. 5877, argumento del diputado Ruiz Gallardón.

[66] *Idem*, p. 5882, expresión del diputado de Minoría Catalana, Trias de Bes.

[67] *Idem*, p. 5877.

[68] *Tribunal Constitucional*..., *op. cit.*, pp. 474 y 475.

constitucionalidad nos indica con toda claridad, es que, mientras el control represivo o *a posteriori* nace expresamente con la vocación de ser un instrumento de protección de las minorías, ello no ocurre en modo alguno con el único sistema de control preventivo que se conoce.

En efecto, como argumentaría detalladamente Hans Kelsen en la Reunión de Profesores Alemanes de Derecho del Estado de 1928, la justicia constitucional es especialmente necesaria en el Estado democrático, que tiene que potenciar de manera notable los instrumentos del control del poder, porque dicha institución "desempeña la función de una *protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría*, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente".[69] Y más adelante y en términos más generales concluiría: "Si se considera que la *esencia de la democracia* no consiste en un *dominio sin límites de la mayoría*, sino en un *compromiso permanente* entre los grupos del pueblo representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, entonces la Justicia Constitucional es un medio especialmente apropiado para realizar esta idea." [70] El control de constitucionalidad clásico, *a posteriori*, represivo, siempre ha sido entendido desde esta perspectiva y esta ha sido siempre su razón de ser político-constitucional.[71]

Por el contrario, el control de constitucionalidad preventivo no fue pensado en modo alguno en sus orígenes como un instrumento de protección de las minorías, sino que era, sobre todo, un instrumento del gobierno contra el Parlamento y, en todo caso, un instrumento a disposición casi exclusivamente de la mayoría por la forma en que se reguló inicialmente la legitimación para recurrir,[72] legitimación que únicamente bien entrado los años setenta se amplía, pudiendo hacer uso del mismo las minorías.[73]

Identificar, por lo tanto, recurso previo o control preventivo con

[69] Kelsen, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", en *Verfassungsgerichtsbarkeit* (ed. Peter Häberle), Darmstadt, 1976, p. 103.

[70] *Idem*, p. 104.

[71] De manera significativa Kelsen titula el apartado V de su trabajo "El sentido político y jurídico de la justicia constitucional" y en él es donde se encuentran las referencias más expresivas a la institución como instrumento de protección de las minorías.

[72] La Constitución francesa de 1958 preveía que únicamente cuatro autoridades estarían legitimadas para interponer el recurso de inconstitucionalidad: el presidente de la República, el primer ministro y los presidentes de las asambleas (artículo 61.2).

[73] Reforma constitucional introducida por la Loi constitutionnelle núm. 74-904 du 29 octobre 1974, que añadió al artículo 61.2 el inciso "ou soixante députés et soixante sénateurs".

protección de las minorías, dando a entender que el recurso ordinario o represivo no lo es o no lo es suficientemente, ni responde a la realidad de hoy ni se ajusta tampoco al proceso de formación de ambos sistemas de justicia constitucional. Por lo demás, como ha dicho F. Santaolalla, "el recurso previo presenta además el peligro de poner en entredicho el principio de gobierno de la mayoría en que se basa todo el parlamentarismo democrático,[74] pues si bien es cierto que "en un sistema democrático es ineludible la protección de las minorías",[75] no lo es menos que "el *recurso previo no aporta nada sustancial,* excepto que las minorías derrotadas en las Cortes pueden a través suyo neutralizar las decisiones legislativas de la mayoría".[76]

Pero si insatisfactoria resultaba la argumentación de las diversas minorías, otro tanto ocurrió con la del Grupo Parlamentario Socialista. Y no porque los argumentos que utilizó carecieran de consistencia, ya que se reducían a recordar cuál fue el sistema de control querido por el Constituyente y qué tipos de inconvenientes se derivaban de combinarlo con otro distinto, sino por la negativa a aceptar cualquier tipo de responsabilidad en la introducción del RPI y por la pretensión de presentar la posición del grupo parlamentario en este momento como plenamente coherente con todas las mantenidas anteriormente en relación con el tema. "Esta posición, diría el diputado Saenz de Cosculluela, no es nueva en el Grupo Socialista. Saben SS.SS. que el Grupo Socialista ha combatido *siempre* esta figura en los debates habidos en esta Cámara." [77]

Como hemos tenido ocasión de ver, esto no fue en modo alguno así. Y de ahí que el diputado del Grupo Parlamentario Centrista, señor Cisneros Laborda, tuviera toda la razón en su réplica al afirmar:

> Esta iniciativa la acomete el Grupo Socialista con una *pretendida coherencia* con posiciones anteriores del propio Grupo, que *aparece algo desmentida* por un análisis menos sesgado, menos intencionalmente fragmentario y parcial del procedimiento de elaboración de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tal como se alude a él en la Memoria de la Proposición de Ley que nos ocupa y tal como ha sido ampliada y desarrollada por el señor Saenz de Cosculluela en su intervención.[78]

[74] Santaolalla López, F., *op. cit.*, p. 181.
[75] *Ibidem.*
[76] *Idem*, pp. 181 y 182.
[77] *BOC*, núm. 128 de 25 de mayo de 1984, p. 5873.
[78] *Idem*, p. 5879.

Pues:

> *Es llanamente inexacto* que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional superara por sólo tres votos el listón del Poder Orgánico. Esa votación versó sobre un momento de la elaboración de la norma, señor Saenz de Cosculluela, y más concretamente sobre una redacción del Recurso Previo anterior a su sustancial modificación por el Senado. Producida esa modificación, la enmienda del artículo 2 de la Ley tuvo el voto favorable de los Grupos Parlamentarios Socialistas. Y el artículo 79, enmendado por el Senado, tuvo el voto favorable de los Grupos Socialistas, y, por supuesto, la votación final del conjunto de la Ley tuvo el voto favorable de los Grupos Socialistas.[79]

Efectivamente así ocurrieron los acontecimientos y el *Diario de Sesiones* no deja la menor sombra de duda.; El Grupo Parlamentario Socialista no sólo acabó aceptando el RPI, sino que en su postura ante el mismo estuvo el origen de su configuración definitiva, que de estar "focalizado", como recuerda el diputado Cisneros Laborda, en los Estatutos de Autonomía tramitados por la vía del artículo 151 de la CE,[80] se amplió y se centró en las leyes orgánicas. No es lícito, por lo tanto, hacer responsable a los demás de lo que se ha contribuido decisivamente a crear.

Y ello no es intranscendente, ya que, como he dicho, el debate fue político y jurídico y aquí además no nos encontrábamos ante una cuestión puramente jurídica, sino ante una decisión política. Y una decisión de esta naturaleza, si se la presenta de forma inexacta e incluso de manera relativamente fraudulenta respecto de la propia responsabilidad, además de crispar todavía más el debate parlamentario,[81] pierde credibilidad, resultando por añadidura una manifestación de arrogancia y prepotencia. Si el RPI fue un error, fue un error compartido. Y es mejor reconocerlo así antes de cambiar de rumbo, que no tergiversar el curso de los acontecimientos.

[79] *Ibidem.*

[80] *Ibidem.*

[81] Véanse los comentarios que efectúan los diputados a las intervenciones de los diferentes portavoces de los grupos parlamentarios tal como aparecen reflejados en el *Diario de Sesiones*. El momento posiblemente más agrio del debate sería el intercambio de expresiones "barriobajeras" (así calificaría Trias de Bes las afirmaciones del portavoz socialista —p. 5884—, aunque el calificativo sería perfectamente aplicable a su propia intervención; véanse, si no, sus palabras en la p. 5882) entre los portavoces de la Minoría Catalana y el Grupo Socialista, Trias de Bes y Saenz de Cosculluela respectivamente, pp. 5883 y 5884.

Por lo demás, no vale la pena detenerse en el pintoresco RPI presentado por 54 diputados del Grupo Popular contra esta proposición de ley orgánica, resuelto de forma acertada y, en este caso, con bastante celeridad por el TC mediante la sentencia 66/1985, de 23 de mayo, impidiendo de esta manera que pudiera seguir siendo utilizado dicho recurso abusivamente como instrumento de obstruccionismo político.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras lo expuesto hasta el momento, pienso que las conclusiones de este trabajo se desprenden por sí mismas y que no es necesario reiterarlas, aunque ello sea frecuente en este tipo de estudios.

Simplemente indicará, para terminar, que si, en general, del funcionamiento de la justicia constitucional en nuestro país a lo largo de estos cinco años es algo de lo que podemos sentirnos legítimamente satisfechos, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a esa parcela de la misma en que el RPI consistía. Ni el legislador al configurar la institución, ni las fuerzas políticas al hacer uso de la misma, ni el TC al enfrentarse con los que fueron interpuestos, ni las Cortes Generales a la hora de debatir su supresión, han tenido un comportamiento que pueda quedar exento de críticas fundadas.

El origen de todo ello está en lo que el magistrado Rubio Lorrente calificó en su momento de transgresión de los "límites inmanentes del razonamiento jurídico". El derecho de la sociedad civil y del Estado constitucional no es yuxtaposición de normas con alto grado de incoherencia, como era el de la monarquía absoluta, sino que es un "sistema", un "ordenamiento", que tiene"su lógica", y cuando dicha lógica no se respeta, las consecuencias negativas no tardan en ponerse de manifiesto, haciendo perder el equilibrio a personas e instituciones de preparación técnica y sentido jurídico absolutamente indiscutible y perturbando incluso de manera grave las reglas del propio sistema democrático fijadas por la Constitución.

Esto es lo que he intentado poner de manifiesto lo más claramente posible, mediante el estudio acerca del RPI, instituto que no pasará, ciertamente, a la historia como una aportación valiosa a la cultura jurídica.

SELECCIÓN, NOMBRAMIENTO Y GARANTÍAS DE LOS JUECES FEDERALES EN MÉXICO

Norma Lucía Piña Hernández

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La preparación de los jueces.* 1. *La especialización.* 2. *Las escuelas judiciales.* III. *La selección de los jueces.* IV. *El nombramiento de los jueces.* 1. *Sistema de elección.* 2. *Sistema de designación.* 3. *Sistemas intermedios.* V. *Garantías judiciales.* 1. *Inamovilidad judicial.* 2. *Dignidad de la profesión* (carrera judicial). 3. *Independencia económica.* VI. *El Consejo Superior de la Magistratura.* VII. *Conclusiones.*

I. Introducción

El establecimiento de las garantías judiciales en México ha constituido una preocupación constante para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Para determinar la independencia y estabilidad de los jueces federales en México, así como su desempeño dentro de la judicatura, hemos dividido este trabajo en el estudio concerniente a su preparación, selección y nombramiento.

En el apartado segundo se analiza la preparación de los jueces como requisito indispensable y esencial para la realización de sus funciones en forma eficiente, tomando en consideración que la sola posesión de un título no conlleva necesariamente la excelencia funcional.

La selección de los jueces es tema del tercer apartado, en donde se tratan de establecer los criterios que se utilizan para determinar las personas que deben ingresar a la judicatura; esta acción es de vital importancia, ya que de los requisitos señalados saldrá el tipo de juzgador que cada sociedad necesita o desea tener.

El cuarto apartado se refiere al nombramiento de los jueces tomando en cuenta los órganos que lo realizan, lo que da lugar al señalamiento de los sistemas y las consecuencias que de éstos se derivan.

Las principales prerrogativas de que deben gozar los juzgadores para la realización de su función se estudian en el apartado quinto y, por último, en el apartado sexto, se realiza un análisis del Consejo Judicial

como opción fundamental para desarrollar de manera eficaz esas prerrogativas, garantizando una mejor impartición de justicia.

Con la finalidad de realizar un estudio comparativo hemos acudido a diversos métodos e instituciones que son utilizados en las legislaturas de otros países, comprendiendo que de ninguna manera se trata exclusivamente de implantarlos en México.

La organización judicial mexicana necesita de nuevos elementos que la impulsen a realizar de manera eficaz y autónoma la importante función que tiene asignada.

Sin embargo, yo considero, como Cosío Villegas, que los problemas complejos no admiten soluciones sencillas.

II. La preparación de los jueces

El doctor Héctor Fix-Zamudio [1] nos dice que: "Debemos entender por preparación de los jueces, el conjunto de instrumentos didácticos y pedagógicos que se han establecido para procurar su formación como juristas y en ciertos casos, directamente dirigidos hacia su capacitación para las actividades judiciales."

En México, la única preparación que se requiere para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia es poseer el título de licenciado en derecho, y una antigüedad profesional mínima de cinco años, de acuerdo al artículo 95 de la Constitución; mientras que el artículo 31, LOPJF, establece para ser magistrado de circuito los mismos requisitos.

Por último, los jueces de distrito requieren tener título de licenciado en derecho y tres años de ejercicio profesional, según el artículo 38 de la misma ley.

Como se observa —en México—, en la actualidad únicamente se requiere poseer título universitario y experiencia profesional para cubrir la preparación necesaria para ser juez federal.

El primer antecedente que encontramos en nuestra historia constitucional que hace referencia a la preparación del juzgador, es el artículo 125 de la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, que establecía: [2] "Para ser electo individuo de la Corte Suprema de Justicia se necesita estar instruido en la ciencia del derecho a juicio de las Legislaturas de los Estados. . ."

[1] Fix-Zamudio, Héctor, *Towar a Justice with Human Face*, Anwerp (Bélgica), Deventer (Holanda), Ed. Klower, 1978, p. 431.

[2] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, XLVI Legislatura, *Derechos del pueblo mexicano; México a través de sus constituciones*, México, vol. VII, 1967, p. 746.

En la quinta de las Siete Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836 se estipulaba en el artículo 4o., inciso nueve, que para ser electo miembro de la Corte Suprema se necesitaba ser letrado y haber estado en ejercicio de la profesión por diez años cuando menos.[3]

Constituiría el primer antecedente que estableciera la práctica profesional como requisito de preparación.

El artículo 117 de las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 disponía en su fracción III que para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia se requería ser abogado recibido conforme a las leyes y haber ejercido su profesión por espacio de 10 años en la judicatura o quince en el foro con estudio abierto,[4] combinando los dos criterios de los artículos antes señalados.

El artículo 93 de la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 no establecía ninguna preparación en especial; pero la reforma del 4 de junio de 1914 estableció la necesidad de tener título oficial de abogado y práctica profesional por más de diez años.[5]

En el proyecto de Venustiano Carranza de la Constitución de 1917 únicamente se establecía en la fracción III del artículo 95 el tener título de abogado, y así aprobado; pero por reforma de 15 de diciembre de 1934 se exigió además una antigüedad mínima profesional de cinco años.[6]

La mayoría de las legislaciones de otros países exclusivamente establecen para ser juez federal la preparación que se da en las facultades de derecho, que culmina con la expedición del título universitario de licenciado en derecho y una práctica profesional que varía según la importancia o necesidades del cargo.

Sin embargo, en la actualidad se ha podido observar que esto no es suficiente para ejercer la judicatura de manera eficiente, por lo que se ha establecido:

1. *La especialización*

A) En España se crearon las escuelas de práctica jurídica o de formación profesional en 1943 y son reguladas por decreto de 12 de noviembre de 1970.

[3] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia, sus leyes y sus hombres*, México, 1985, p. 71.

[4] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1803-1978*, México, Ed. Porrúa, 1978, p. 423.

[5] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *op. cit., supra* nota 2, p. 748.

[6] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit., supra* nota 3, p. 319.

Estas escuelas están estrechamente ligadas a las universidades respectivas y su finalidad es ayudar a preparar los exámenes de oposición para ingresar a la Escuela Judicial.

Su Consejo Directivo está formado por el rector de la Universidad, el decano de la Facultad de Derecho y profesores de la misma, representantes de los colegios de abogados y magistrados judiciales.

B) En Francia, por Decreto de 2 de marzo de 1961, se crearon los institutos y centros de estudios judiciales, íntimamente relacionados con las universidades que imparten la licenciatura en derecho y ciencias económicas, con la finalidad de preparar a los egresados de estas facultades para presentar los exámenes de oposición para ingresar a la Escuela Nacional de la Magistratura.

El estudiante puede ingresar desde el cuarto y último curso de la licenciatura en derecho y los catedráticos son profesores de la facultad y magistrados. La duración del curso es de dos años, pero pueden los candidatos ingresar a la Escuela Nacional de Magistratura después del primer año.

C) En México, según el artículo 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se creó el *Instituto de Especialización Judicial* para preparar y capacitar al personal del Poder Judicial de la Federación y a los que aspiren a ocupar un puesto dentro de la judicatura; pero en la realidad no se han visto los resultados.

2. *Las escuelas judiciales*

A) En España es creada el 26 de mayo de 1944 la Escuela Judicial y empieza a funcionar el 6 de junio de 1950, en un centro de enseñanza posgraduada y tiene como finalidad preparar a los futuros jueces.

Miguel Carmona [7] comenta: "La insuficiencia técnica de la oposición como método selectivo llevó a la creación de la Escuela Judicial."

Los catedráticos tienen que ser, o bien profesores de la Universidad o magistrados del Tribunal Supremo (en la actualidad también lo pueden ser cualquier miembro de la judicatura destinado en Madrid).

Las materias que se cursan son: medicina legal, organización judicial, técnicas en la administración de justicia, técnicas de aplicación del derecho y funciones judiciales extrajurisdiccionales (de carácter práctico); ética profesional, metodología legal y derecho comparado (de

[7] Carmona Ruano, Miguel, "La selección y formación del juez profesional", *Revista de Documentación Jurídica*, Madrid, vol. I, núms. 42-44, Ministerio de Justicia, abril-diciembre de 1984, p. 606.

carácter formativo); derecho civil, derecho penal, derecho del trabajo, derecho procesal e historia del derecho, así como dos idiomas. La duración del curso es de tres meses, las clases son por la tarde y el ingreso a la Escuela es por oposición.

Sin embargo, estudios sociológicos y encuestas realizadas por Toharia [8] muestran que en "...definitiva sigue siendo la práctica la que, en el caso de los jueces, acaba enseñando el oficio".

B) En Portugal es creado por Decreto-Ley 374-A/1979 de 10 de septiembre el Centro de Estudios Judiciales, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa y financiera siguiendo una influencia notable de la Escuela Nacional de la Magistratura francesa.

Su finalidad es la preparación de los futuros magistrados y la actualización de los que ya están en funciones.

Los requisitos para ingresar al Centro son: *a)* Ser ciudadano portugués, *b)* ser licenciado en derecho, *c)* tener más de 23 años a la fecha de iniciación del curso, *d)* ser declarado apto en las pruebas de aptitud para ingreso en el Centro de Estudios Judiciales, e) reunir los requisitos generales para el ingreso a la función pública.

Al ingresar al Centro se adquiere la categoría de auditores de justicia, con lo cual pasan a ser funcionarios públicos y obtienen una remuneración. El curso dura 28 meses dividido en tres periodos:

1º *De actividades teórico-prácticas.* En donde se imparten materias formativas, profesionales y de aplicación, informativas y especialización (11 en total).

2º *De iniciación.* Actividades prácticas bajo la orientación de un magistrado tutor en los tribunales correspondientes.

3º *De permanencia de preafectación.* Concluidas las etapas anteriores, los auditores de justicia son aprobados para pasar a esta fase, donde vuelven a realizar prácticas en los tribunales de primera instancia, estando en condiciones al término de ésta de ser nombrados inmediatamente.

Laborinho [9] comenta: "En el actual panorama de la justicia portuguesa el Centro de Estudios Judiciales, al cabo de 5 años de actividades está respondiendo a las exigencias cuantitativas de los cuadros sin merma de la calidad, que constituye condición indispensable para una buena administración de justicia."

[8] Toharia, José Juan, *El juez español. Un análisis sociológico,* Madrid, Ed. Tecnos, 1975, p. 49.

[9] Laborinho, Lucio, "Formación de magistrados en Portugal. El Centro de Estudios Judiciales. Organización y funcionamiento", *Revista de Documentación Jurídica,* Madrid, vol. I, núms. 42-44, Ministerio de Justicia, abril-diciembre de 1984, p. 768.

C) EnFrancia,[10] el 22 de diciembre de 1958, es creado por la Ley No. 58/1270, artículos del 14 al 15, el Centro Nacional de Estudios Judiciales, comenzando a funcionar el 1o. de marzo de 1959 y transformado en Escuela Nacional de la Magistratura por Ley Orgánica de 1970.

El ingreso a la escuela es por dos vías, al cabo de las cuales el candidato recibe el cargo de magistrado o auditor de justicia:[11]

1ª Por exámenes tanto orales como escritos que se dividen en:

a*) Concurs-étudiants* para los egresados de los institutos y centros de estudios judiciales.

b) Concurs-fonctionaires, reservado para los funcionarios de la administración pública con un mínimo de 5 años de ejercicio y a quienes les corresponde de 1/6 a 1/3 de las plazas.

2ª "Concurso por títulos", al que le corresponde 1/6 del número total de las plazas, y son para abogados, notarios, procuradores, secretarios judiciales y otros profesionales jurídicos con un mínimo de tres años de ejercicio profesional.

El cargo de auditor de justicia es equiparable con el de magistrado y está sujeto a las mismas restricciones e incompatibilidades, recibiendo una remuneración mensual por sus servicios.

La duración del curso es de 23 meses distribuido en tres periodos:

a) Etapa preparatoria-introductoria. Es de transcisión entre los estudios universitarios y la práctica judicial. Se lleva a cabo en la sede de Burdeos e incluye materias de formación, de cultura general y visitas.

b) De preparación práctica. Es llevada a cabo mediante pasantías en los tribunales, en los llamados "centros de iniciación a la actividad judicial" dependientes de la Escuela Nacional. Se debe abarcar los tribunales, los servicios administrativos y empresarios y los establecimientos bancarios en las diversas regiones de Francia.

c) Formación de los jueces. Se pretende la elaboración de una síntesis de los conocimientos adquiridos, así como la preparación en asignaturas específicas de la judicatura.

Al término del curso se someten los candidatos a un examen de clasificación dividiéndolos en tres grados:

—Los de mayor nivel se quedan como magistrados de la administración del Ministerio de Justicia con permanencia en París.

[10] Barrera, Nicasio J., *La organización judicial y la formación de jueces,* Argentina, Universidad Nacional de Tucuman, 1981, pp. 113-1155.

[11] Carmona Ruano, Miguel, *op. cit.,* p. 612.

—Los restantes pueden optar por escoger entre los cargos en tribunales del resto del país.

—Los que no aprueban el examen reciben el cargo de agregados de justicia para desempeñar funciones no jurisdiccionales, durante 10 años, después de los cuales pueden optar por ser designados jueces o miembros del Ministerio Público.

La Escuela Nacional de la Magistratura, además, realiza la tarea de perfeccionar y actualizar a los magistrados ya en funciones.

D) En Japón es creado en 1947 el Instituto de Estudios Jurídicos o Instituto Legal de Formación bajo la dirección de la Suprema Corte de la Nación y su finalidad se puede dividir en tres objetivos:

1º Formación profesional de todos los aspirantes a ejercer la abogacía.

2º Formación de los futuros magistrados.

3º Preparación y actualización de los jueces ya en funciones.

III. Selección de los jueces

Por selección, nos dice Fix-Zamudio,[12] debemos entender :"... los criterios utilizados para determinar los requisitos que deben cubrir los candidatos más idóneos para ingresar a la judicatura a fin de que los órganos competentes puedan decidir sobre el nombramiento."

El artículo 95 de nuestra Constitución política determina los siguientes requisitos para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia.

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;

II. No tener más de sesenta y cinco años de edad, ni menos de treinta y cinco, el día de la elección;

III. Poseer el día de la elección, con antigüedad mínima de cinco años, título profesional de abogado, expedido por la autoridad o corporación legalmente facultada para ello;

IV. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena, y

V. Haber residido en el país durante los últimos cinco años, salvo el caso de ausencia en el servicio de la República por un tiempo menor de seis meses.

[12] Fix-Zamudio, Héctor, *Towar a Justice..., op. cit.*, p. 436.

Los antecedentes constitucionales de este artículo [13] los encontramos en las siguientes constituciones, estableciendo diversos requisitos:

El artículo 31 de la Ley Orgánica del Poder Judicial federal marca los requisitos para ser magistrado de circuito:

a) Ser mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos.
b) Mayor de 35 años.
c) Título de licenciado en derecho expedido legalmente.
d) Buena conducta.
e) Cinco años de ejercicio profesional.

El artículo 3 de esta ley señala las condiciones para ser juez de distrito:

a) Ser mexicano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos.
b) Mayor de 30 años.
c) Título de licenciado en derecho expedido legalmente.
d) Buena conducta.
e) Tres años de ejercicio profesional.

El artículo 101 constitucional contempla la llamada incompatibilidad judicial al señalar que los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito y los jueces de distrito no podrán desempeñar cargos de la Federación, los estados o particulares, salvo los relacionados con asociaciones literarias, científicas o de beneficencia de carácter honorífico, estableciendo que la infracción a este precepto conlleva la pérdida del cargo de la judicatura.

En nuestro país, reunidos los anteriores requisitos estipulados por la Constitución y la ley correspondiente, se siguen criterios sociopolíticos para seleccionar a los juzgadores, ya que no existen los mecanismos racionales a través de los cuales se podría llevar a cabo dicha selección, como son concursos de oposición o bien exámenes oficiales, lo que origina que sean las personas que detentan el poder las encargadas de seleccionar a los jueces. En otros países se han establecido estas dos formas de selección:

1º *Concursos de oposición.* En España, por ejemplo y como ya lo apuntamos, el ingreso a la judicatura a través de exámenes de oposición era inoperante, MiguelCarmona [14] nos dice que:

> La Escuela no funcionó nunca como órgano de selección. Al no convocarse más plazas para alumnos de la Escuela que vacantes efectivas a cubrir en la carrera judicial o en el Cuerpo de Jueces

[13] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *op. cit.*, pp. 746-754.
[14] Carmona Ruano, Miguel, *op. cit.*, p. 607

Constitución	*Artículo*	*Edad (años)*	*Nacionalidad*	*Calidad*	*Preparación*	*Impedimento*	*Ejercicio profesional*
Constitución de Cádiz	251	+ 25	Nacidos en territorio español	.....	.....	.....	.....
Decreto de Libertad para la América Mexicana	182 y 52	30		Ciudadano buena reputación, patriotismo acreditado	Luces no vulgares	.....	.....
Constitución de 1824	125	35	Mexicana o americana independientes de España	Vecino por 5 años en el territorio	Instruido en la ciencia del derecho	.....	.....
Quinta de las Siete Leyes Constitucionales	4o.	40	Mexicana, extranjeros hijos de mexicanos y americanos independientes de España residentes en el territorio	Ciudadano	Letrado	.....	10 años
Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843	117	40	.....	Ciudadano	Abogado recibido	No haber sido condenado judicialmente por pena infamante	10 años en la judicatura o 15 en el foro con estudio abierto
Constitución de 1857	93	35	Mexicana	.....	Instruido en la ciencia del derecho		
Constitución de 1857 reforma de 4 de junio de 1914		Menor de 65				No pertenecer al estado eclesiástico	10 años

Municipales y Comarcales, la selección seguía y aún sigue teniendo lugar exclusivamente a través de las oposiciones de ingreso. Quien las aprobaba se consideraba a sí mismo y era considerado por los demás como ingresado en la judicatura.

Los concursos de oposición se dan en aquellos países en donde no existen los llamados exámenes oficiales y tienen como finalidad el establecer criterios de práctica, aptitud, capacidad y preparación de todos aquellos abogados aspirantes a ejercer el cargo de jueces.

2º *Exámenes oficiales.* Son los establecidos por los órganos del Estado considerados competentes para ello, con la finalidad de calificar a las personas que desean ingresar a la judicatura.

Estos exámenes existen en diferentes países y en diversos niveles. Por ejemplo:

a) En Francia se establecen tres exámenes diferentes:

—Para egresar de los institutos o centros judiciales.
—Para ingresar a la Escuela Nacional de la Magistratura.
—Para egresar de ella.

b) En Japón se establece el examen nacional de carácter jurídico para todos los licenciados en derecho que quieran realizar práctica profesional y los que deseen pueden ingresar al Instituto de Práctica e Investigación Jurídica, al término del cual se presenta un segundo examen para ingresar a la judicatura.

c) En la República Federal de Alemania se presentan dos pruebas: 1) El *Referendarexamen,* que es de carácter oficial y se realiza al término de los estudios universitarios, y 2) *Assessorexamen,* con la finalidad de ingresar a funciones de juez profesional. Este último se debe presentar después de dos años como mínimo de haber realizado práctica profesional.

d) En Portugal, como ya vimos, se presenta una prueba oficial posterior a los estudios realizados en el Centro de Estudios Judiciales para ingresar a la judicatura.

IV. El nombramiento de los jueces

Existen básicamente dos sistemas de nombramiento de jueces y de ellos se han derivado diversas variantes: 1) De elección; 2) De designación *(a)* Por el Ejecutivo, *b)* Por el Legislativo, *c)* Por el Ejecutivo

con aprobación del Legislativo, y *d)* De cooptación o nombramiento interno), y 3) Intermedios.

1. *Sistema de elección*

Este sistema se basa en dos principios fundamentales: la igualdad y la división de poderes. Al encontrarse el Judicial al mismo nivel que los otros dos poderes, sus miembros deben ser nombrados de la misma manera, siendo además representantes de la nación e independientes del Legislativo y el Ejecutivo, corresponde al pueblo su elección.

En México encontramos que se llevaba a cabo el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte por el sistema de elección en las siguientes constituciones: [15]

A) Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, artículo 116, en donde se estipulaba la conformación de la Corte Suprema de Justicia así como la forma de elección y su duración.

El artículo 166 de las citadas Bases señalaba que las vacantes que hubieran en la Suprema Corte de Justicia se cubrirían por elección de las Asambleas departamentales y el cómputo se realizaría por las Cámaras declarando electo al que obtuviera la mayoría absoluta. El Senado estaba facultado para determinar los días en que deberían hacerse las elecciones.

B) Constitución de 1857, artículo 92 antes de la reforma de 1914. Este sistema de nombramiento fue desarrollado a partir de la Constitución de 1857, que establecía en su artículo 92 que los individuos de la Suprema Corte de Justicia serían electos de manera indirecta en primer grado en términos de la ley electoral.

En su conocida obra, Jacinto Pallares [16] nos dice: "En la Constitución de 1857 se establecía la elección popular indirecta en primer grado y se llevada a cabo en los términos que disponía la ley electoral que era la del 12 de febrero de 1857 y sus relativas de 8 de mayo de 1871, 23 de octubre de 1872 y 23 de mayo de 1873."

Los artículos 45 a 47 de la cidada Ley Orgánica Electoral, de 12 de febrero de 1857, establecían el procedimiento para la elección del presidente de la Suprema Corte de Justicia. Para magistrados, los artículos 48 a 50 determinaban el procedimiento para su elección.[17]

[15] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *op. cit.*, p. 774.

[16] Pallares, Jacinto, *El Poder Judicial,* México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874, pp. 496 y 497.

[17] García Orozco, Antonio, *Legislación electoral mexicana 1821-1977,* México,

El artículo 46 de la citada ley estipulaba que se necesitaba la mayoría absoluta de los electores de la República para ser presidente de la Suprema Corte de Justicia, o bien, en defecto de esa mayoría, sería nombrado por el Congreso de la Unión eregido en colegio electoral, votando por diputaciones y en escrutinio secreto mediante cédulas de entre los dos candidatos que hubiesen obtenido la mayoría relativa. En caso de empate, la suerte decidía quién sería electo siguiendo lo marcado por el artículo 37.

Dentro de la Ley Electoral Mexicana encontramos la primera convocatoria para la elección de los supremos poderes del 14 de agosto de 1867, en donde se señalaba que el 7 de octubre del mismo año sería la elección del presidente de la Suprema Corte y el 8 la de magistrados de la Corte, siendo 10 propietarios, 4 supernumerarios, 1 fiscal y 1 procurador general.

Los magistrados entrarían en funciones el 1º de diciembre de 1867 y el presidente de la Suprema Corte el 1º de junio de 1868.

La segunda convocatoria para miembros de la Suprema Corte de Justicia fue hecha el 23 de diciembre de 1876, siendo presidente el general Juan N. Méndez, fijándose el día 12 de febrero de 1877 la elección del presidente de la Corte y el 13 para los magistrados, quienes tomarían posesión de su cargo el 12 de mayo de 1878.

La Ley Electoral de 18 de diciembre de 1901, siendo Porfirio Díaz presidente, decretaba en sus artículos 48 y 49 la forma de elección de magistrados de la Suprema Corte de Justicia, derogando la ley de 12 de febrero de 1857 en su artículo 59.

La Ley de 19 de diciembre de 1911 y su reforma de 22 de mayo de 1912 estipulaba en sus artículos 94 y 96 la elección de ministros de la Suprema Corte en forma directa, organizando el registro de electores. Ésta sería la última disposición que contendría el sistema de elección para el nombramiento de los miembros del Poder Judicial federal.

Rabasa,[18] quien es un crítico de este sistema de nombramiento, comenta:

> Esta forma de nombramiento de los ministros de la Corte, ni es una necesidad lógica, ni puede racionalmente llevarse a la práctica y si se pudiera, conduciría a los peores resultados. La teoría la reprueba, porque la elección popular no es para hacer buenos

Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, 1978, pp. 160-162.

[18] Rabasa, Emilio, "La Constitución y la dictadura. Estudios sobre la organización política de México", *Revista de Revistas*, México, 1912, p. 266.

nombramientos, sino para llevar a los Poderes públicos funcionarios que representan la voluntad de las mayorías, y los magistrados no pueden, sin prostituir la justicia, ser representantes de nadie, ni expresar ni seguir voluntad ajena ni propia.

Cosío Villegas,[19] aun afirmando que la elección popular "es un malísimo sistema para designar a los Magistrados de la Corte", señala que la historia de 1867 a 1876, en donde se llevó a cabo este sistema, confirma que por las personas que ocuparon el cargo, los electores no resultaron "...tan malos jueces de la sapiencia jurídica y de las prendas morales e intelectuales de los candidatos", y da como ejemplos a juristas extraordinarios como José María Iglesias, Ezequiel Montes y José María Lafragua.

En la actualidad, este sistema se sigue en algunos estados de la unión americana y en los países socialistas. Como es el caso de la U.R.S.S., en donde los jueces, a excepción de los pertenecientes a los altos tribunales, son electos siguiendo la idea de "democratizar la administración de justicia".

2. *Sistema de designación*

Este sistema se puede dividir en cuatro especies, según la persona o poder que realiza el nombramiento:

A) Por el Ejecutivo

Este sistema tiene su origen en las monarquías en donde el rey era el depositario absoluto del poder. En México no encontramos antecedentes constitucionales, ya que tanto la constitución de Cádiz como el Reglamento Provisional Político del Imperio mexicano que son de tendencias monárquicas, estipulaban en sus artículos 171 y 30, respectivamente, que tocaba al emperador o rey el nombramiento de los jueces a propuesta del Consejo de Estado.

En la actualidad, este sistema es seguido por países como Inglaterra, Australia y Canadá. En Inglaterra el encargado de hacer los nombramientos de todo el personal de las cortes, juzgados y tribunales es el Lord Chancellor, miembro del gabinete Ejecutivo y por lo tanto nombrado por el rey a propuesta del primer ministro. Para Nicolás García

[19] Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, Sep-Diana, 1980, pp. 107-109.

Zamudio, (42) "...su presencia en el gabinete lo ha hecho estimar como un verdadero Ministro de Justicia". Es el presidente de la Corte Suprema de Judicatura, presidente de la Alta Corte de Justicia, presidente de la Corte de Apelación y presidente del Comité Judicial de la Cámara de los Lores.

B) Por el Legislativo

Este sistema lo encontramos en México en las constituciones de Apatzingán de 1814 en su artículo 186, y en la federal de 1824 en su artículo 127, en donde eran las legislaturas de los estados las encargadas de la elección. El artículo 96 de la Constitución de 1917 fue aprobado siguiendo el sistema de designación por el Legislativo, en el cual los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serían electos por el Congreso de la Unión en funciones de colegio electoral, con un mínimo de 2/3 partes del número total de sus integrantes, por escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. Los candidatos eran propuestos uno por cada legislatura estatal.

Este sistema se sigue llevando a la práctica en Guatemala,[20] en donde es el Congreso de la República el encargado de elegir al presidente del organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y, en forma global, a los magistrados propietarios y suplentes de la Corte de Apelaciones, de segunda instancia de Cuentas, de lo Contencioso Administrativo y de Conflictos de Jurisdicción para un periodo de 4 años, según los artículos 166, inciso IX, 227, 242, 243, 249, 253 a 257 de la Constitución de la República, y en Uruguay,[21] en donde el órgano que designa a los ministros de la Suprema Corte y a los magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la Asamblea General Legislativa en reunión de ambas cámaras y con quórum de 2/3 partes de sus integrantes. La Constitución uruguaya marca un término breve para la designación, y, en caso de no hacerlo, automáticamente queda designado el ministro más antiguo de los tribunales, para evitar maniobras y dilaciones.

[20] Presidencia del Organismo Judicial, *Memoria del Trabajo Ejecutado en el Palacio del Organismo Judicial*, Guatemala, 1970, pp. 13 y 14.

[21] Gelsi Bidart, Adolfo, *Organización judicial. Uruguay*. Madrid, Ministerio de Justicia, Gráficas Uguira, 1975, p. 76.

C) Por el Ejecutivo con aprobación del Legislativo

Este sistema es el más utilizado en la mayoría de los países para designar a los ministros de la Suprema Corte, sus fundamentos los encontramos en el razonamiento que Hamilton hace en *El Federalista:* [22]

> La responsabilidad única e indivisa de un solo hombre dará naturalmente por resultado un sentido más vivo del deber y un cuidado más estricto de su reputación. Por esta causa, se sentirá más fuertemente obligado y tendrá más interés por investigar con detenimiento las cualidades necesarias para los cargos que se deban cubrir, y preferirá imparcialmente a aquellas personas que en justicia tengan más derecho a ellos.

Y continúa: "En el acto de proponer su criterio sería el único que se aplicaría, y como a él sólo le correspondería la tarea de señalar al hombre que, una vez obtenida la aprobación del Senado, debe desempeñar un empleo, su responsabilidad sería tan completa como si él hubiera de hacer el nombramiento definitivo."

La aprobación del Senado, siguiendo a este mismo autor: "Constituirá un excelente freno sobre el posible favoritismo presidencial y tenderá marcadamente a impedir la designación de personas poco adecuadas, debido a prejuicios locales, a relaciones familiares o con miras de popularidad. Por añadidura sería un factor eficaz de estabilidad en la administración."

Así, los criterios que se adoptaron para el establecimiento de este sistema son los de responsabilidad accesoria para el presidente por el nombramiento, y el freno y la estabilidad por parte del Senado con su aprobación.

En México, el artículo 96 de la Constitución de 1917 por reforma del 20 de agosto de 1928 estableció: [23] "Los nombramientos de los ministros de la Suprema Corte serán hechos por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación de la Cámara de Senadores, la que otorgará o negará esa aprobación dentro del improrrogable término de 10 días..."

En caso de que la Cámara de Senadores no resuelva en esos términos, se tiene por aprobado el nombramiento; sin embargo, en este mismo

[22] Hamilton, Alexander y otros, *El Federalista,* México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 323 y 324.

[23] Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.,* p. 319.

artículo se señala que sin la aprobación del Senado no podrán tomar posesión los magistrados de la Suprema Corte nombrados por el presidente de la República.

D) De cooptación o nombramiento interno

Nicasio Barrera [24] señala que: "Consiste en la designación de los nuevos jueces por los que ya se encuentran desempeñando dichas funciones."

Por este sistema se realiza el nombramiento de los integrantes del Poder Judicial mexicano, tales como: magistrados de circuitos y jueces de distrito, según lo establece el artículo 97 de la Constitución al señalar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la facultada para ello.

3. *Sistemas intermedios*

Estos sistemas combinan los de elección y designación.

El llamado "Plan Missouri" es un ejemplo de ellos, fue incorporado a la Constitución local de 1945 de tal estado y establece la creación de comisiones integradas, por magistrados, abogados y justiciables, cuya finalidad es proponer una terna al gobernador para que haga la designación correspondiente, al término de un año se somete a votación popular dicho nombramiento, y en caso de que sea aprobado durará en su encargo 12 años más.

Con este sistema, la designación recae en un persona con méritos y cualidades propios para la judicatura; pero, además, su desempeño es calificado precisamente por los interesados, es decir, por los justiciables quienes pueden confirmarlo en su cargo o no. Sin embargo este sistema conlleva una íntima relación entre el juzgador y los justiciables, quienes deberán conocer la trayectoria y función del primero durante el tiempo que dure su encargo, lo que daría lugar a nivel de nombramiento federal a la manipulación de la opinión pública.

V. Garantías judiciales

Las garantías judiciales o "derechos públicos subjetivos de la judicatura", como las llama el doctor Flores García,[25] son aquellas prerro-

[24] Barrera, Nicasio J., *op. cit.*, p. 94.

[25] Flores García, Fernando, "La independencia judicial y la división de poderes",

gativas de que deben gozar los juzgadores para lograr un desempeño integral de sus funciones asegurando su independencia e imparcialidad.

El doctor Fix-Zamudio [26] considera que son las siguientes:

a) Designación de los jueces. La cual fue tratada en el capítulo anterior;

b) Estabilidad de sus funciones (inamovilidad);

c) Independencia económica (remuneración decorosa);

d) Dignidad de la profesión judicial (carrera judicial), y

e) La ejecución de los fallos y auxilio para el cumplimiento de sus decisiones (autoridad).

1. *Inamovilidad judicial*

Es la prerrogativa por la cual los jueces no pueden ser removidos de su cargo mientras observen buena conducta, con lo que se trata de garantizar la autonomía del Poder Judicial librándolo de presiones políticas que afectan su estabilidad y desempeño.

Esta garantía ha sido acogida constitucionalmente por la mayoría de nuestros ordenamientos: en la Constitución de Cádiz, artículo 252 y 253; en la Constitución de 1824, artículo 126; en la quinta de las Siete Leyes Constitucionales de 1836, artículo 31. En la Constitución de 1857 fue rechazada y el periodo que se estableció fue de 6 años en el artículo 92.

En el proyecto de Venustiano Carranza (artículo 94) se establecían 4 años para la duración del cargo; pero el artículo fue aprobado de la siguiente manera: [27]

1er. periodo: dos años.

2o. periodo: cuatro años.

A partir de 1923 se estableció la inamovilidad judicial.

Por reforma del 15 de diciembre de 1934, el presidente Cárdenas suprimió la inamovilidad; pero por reforma de 21 de septiembre de 1944, fue reimplantada.

Con la reforma de 23 de octubre de 1950 se suprimió la inamovilidad para los magistrados y jueces de distrito, confirmándose para los

Memorias del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983), México, UNAM, 1984, p. 116.

[26] Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, IIJ, 1977, p. 30.

[27] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, México, Publicado bajo la dirección de C. Fernando Romero García, 1922.

ministros de la Suprema Corte, y estableciéndose que después de 4 años de funciones de los magistrados de circuito y jueces de distrito, éstos podrían obtenerla.

Doctrinalmente, esta garantía ha suscitado diversas controversias. Para Eduardo Pallares: [28] "Sólo el lirismo jurídico y la ligereza con que se conciben los programas políticos pueden sostener errores de tal trascendencia." Para este autor, la inamovilidad judicial era un error porque:

a) No corresponde a nuestro medio social, ya que los juzgadores "son personas flojas, desinteresadas en el estudio y con ineptitud absoluta para producir una ciencia nueva",[29]

b) Si se pretende con ella independizar al Poder Ejecutivo del Judicial para limitar la arbitrariedad de la administración de justicia por sugestión o mandato del Poder Ejecutivo, se pretende algo falso, ya que no es sólo el Poder Ejecutivo el que atenta contra las libertades sociales e individuales, sino también el Judicial con la "inconsciencia de moralidad y justicia que envuelven sus procedimientos",[30] olvidando la arbitrariedad de los tribunales.

c) Tiende a poner al servicio de los poderosos a los jueces, creando tribunales que representan esos intereses.

d) Se crearán vínculos políticos poderosos entre el magistrado y el partido triunfante al que deberá su nombramiento.

e) No se podrá hacer efectiva la responsabilidad oficial al crearse un cuerpo solidario y cerrado.

f) Producirá la rutina judicial, ya que los nuevos elementos con reformas inovadoras chocarán contra la masa homogénea y unida de sus compañeros.

Eduardo Pallares concibe que la inamovilidad judicial es producto de la teoría clásica que considera que el Poder Judicial sólo aplica la ley, sino porque no se atreven a pedirlo para el Poder Legislativo; pero —continúa—, en la realidad, el Poder Judicial no sólo aplica el derecho, sino que lo crea; por lo tanto, cabría hacer las mismas consideraciones que para el Poder Legislativo, es decir: "...es absurdo manifiesto pretender que la matriz de todo el derecho de una nación permanezca fija e inmutable." [31]

[28] Pallares, Eduardo, *La inamovilidad del Poder Judicial*, México, Artes Gráficas, S.A., 1911, p. 4.
[29] *Idem*, pp. 6 y 7.
[30] *Idem*, p. 9.
[31] *Idem*, p. 35.

Lucio Cabrera,[32] por su parte, ve a la inamovilidad judicial como una de las aportaciones más importantes de la Constitución de 1917, porque garantiza la independencia de los juzgadores fortaleciéndose la autonomía del órgano Judicial.

Emilio Rabasa [33] comenta que: "La inamovilidad anda siempre hermanada con la buena administración de justicia y con las libertades públicas."

Alberto Bremauntz [34] señala que:

> La inamovilidad es la mejor garantía de la independencia de los funcionarios judiciales, porque significa la seguridad en sus puestos, siempre que cumplan con su deber, lo cual les permite obrar con absoluta imparcialidad y libertad de criterio al dictar sus fallos, sin tener que aceptar consignas o recomendaciones de quienes pudiesen apoyarlos o influir en la ratificación de sus nombramientos.

La inamovilidad judicial puede ser vitalicia o mediante el establecimiento de una edad de retiro o periodo en el cargo. En Estados Unidos es vitalicia, pero esto puede llevar a múltiples problemas debido a las consecuencias propias de la naturaleza humana en donde en la mayoría de los casos se ven disminuidas las capacidades de la persona.

En México, la edad de retiro forzoso para los jueces federales es de 70 años, y en Uruguay los ministros de la Suprema Corte duran en su cargo 10 años con la finalidad de hacer "un inter en la carrera judicial".

Considero que, independientemente de las llamadas desventajas de la inamovilidad que pueden resolverse estableciendo una edad de retiro o un periodo fijo, ésta constituye uno de los pilares fundamentales para garantizar la independencia del Poder Judicial en el desempeño de su cargo, al evitarle al juzgador obrar de acuerdo a intereses ajenos con la finalidad de conservar su cargo y al mismo tiempo garantizar un futuro profesional.

2. *Dignidad de la profesión (carrera judicial)*

La carrera judicial es "El conjunto de derechos y deberes que corres-

[32] Cabrera, Lucio, *El Poder Judicial federal mexicano y el Constituyente de 1917*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1968, p. 96.

[33] Rabasa, Emilio, *op. cit.*, p. 275.

[34] Bremauntz, Alberto, *Por una justicia al servicio del pueblo*, México, Ed. Casa de Michoacán, 1955, p. 91.

ponden al juez a lo largo de su propia vida judicial, independiente —para que realmente exista— de favores y arbitrariedades." [35]

El doctor Fix-Zamudio [36] considera que la carrera judicial es el procedimiento regular, el ingreso y ascenso en la judicatura a través de presupuestos como los concursos de oposición, permanencia, reconocimiento de méritos, etcétera, y no debe ser confundida con un simple escalafón administrativo.

Los artículos 92 a 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial federal establecen la forma de ascenso y promoción del Poder Judicial federal.

La garantía de inamovilidad es necesaria para el establecimiento de una verdadera carrera judicial.

El doctor Flores García,[37] quien ha pugnado desde hace mucho tiempo por el establecimiento de la carrera judicial en México, considera que las comisiones o jurados que califiquen los exámenes o evalúen los méritos de los juzgadores deben ser un órgano tripartita integrado por representantes de la judicatura, representantes de las facultades de derechos, y representantes de los colegios de abogados para librar de presiones políticas el posible ascenso.

Por otra parte, dadas las condiciones actuales en que se encuentra nuestro Poder Judicial, se puede establecer una casta cerrada y hermética que no permita la renovación de ideas y capacidades.

3. *Independencia económica*

En México se ha establecido la irreductibilidad económica para los juzgadores federales constitucionalmente; es decir, el artículo 94 párrafo sexto nos dice que la remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Esta idea fue tomada de la Constitución norteamericana; Hamilton estableció en *El Federalista* [38] que: "nada puede contribuir más eficazmente a la independencia de los jueces que el proveer en forma estable a su remuneración", y por ello se estableció que los jueces de los Estados Unidos "recibirán a intervalos fijos una remuneración por

[35] Gelsi Bidart, Adolfo, *op. cit.*, p. 21.

[36] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, pp. 41-43.

[37] Flores García, Fernando, *La carrera judicial*, México, 1967, p. 261.

[38] Hamilton, Alexander y otros, *op. cit.*, p. 336.

sus servicios que no podrá ser disminuída durante su permanencia en funciones".

Junto con la idea de permanencia en el cargo, constituyen baluartes de la independencia judicial.

VI. El Consejo Superior de la Magistratura

Para el doctor Fix-Zamudio [39] es "el instrumento de colaboración de funciones que permite desarrollar con eficacia las llamadas garantías judiciales".

Fue introducido en la legislación española a partir de 1926 con el nombre de Consejo Judicial y recientemente lleva el nombre de Consejo Superior de la Magistratura en las constituciones de Italia (artículo 105 de 1948), Francia (artículo 65 de 1958) y Turquía (artículos 143 y 144 de 1961).

Por su importancia, analizaremos el Consejo Superior de la Magistratura en Italia:

Empezó a funcionar a partir de 1959 y a decir de Pizzorusso: [40] "...representa la innovación de mayor relieve adoptada para potenciar la independencia de la Magistratura en los ordenamientos constitucionales de la Europa Continental..."

El Consejo Superior de la Magistratura está integrado, según el artículo 104 de la Constitución italiana, por:

a) Miembros de derecho: El presidente de la República, el primer presidente de la Corte de Casación y el fiscal general de ésta.

b) Miembros electos: 2/3 partes por todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las distintas categorías y 1/3 parte por el Parlamento en sesión conjunta entre profesores universitarios de derecho y abogados con 15 años de ejercicio profesional.

Los miembros electos son removidos cada 4 años.

Los miembros electos se dividen en togados (20) y legos (10).

Los togados, es decir, los pertenecientes a la judicatura, son elegidos 4 entre los magistrados de casación, 2 entre los magistrados de apelación, 4 entre los magistrados de tribunal y 10 independientemente de su categoría.

Para la elección de los miembros togados participan todos los ma-

[39] Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial..., op. cit.*, pp. 43 y 44.

[40] Pizzorusso, Alessandro, "El Consejo Superior de la Magistratura en Italia", *Revista de Documentación Jurídica*, Madrid, vol. I, núms. 42-44, Ministerio de Justicia, abril-diciembre de 1984, pp. 657 y 658.

gistrados con voto personal y se incluyen los auditores judiciales, de los que ya habíamos hecho referencia.

Existen diferentes causas por las que los magistrados no pueden ser electores ni elegibles:

a) Que hayan formado parte del Consejo de la anterior legislatura.

b) Siendo de "tribunal" que no tengan una antigüedad de por lo menos tres años.

c) No ejerzan funciones judiciales.

d) Los que no hayan suscrito una lista de candidatos.

El sistema de elección es proporcional de listas concurrentes y los candidatos sólo pueden aparecer en una lista.

El mínimo de votación es de 150 electores, las elecciones son convocadas por el Consejo Superior 60 días antes de la votación y se celebran en forma personal, al término de éstas se organizan el Colegio Electoral Central en la Corte de Casación y los colegios electores locales en los tribunales.

El método que se sigue es el D'Hondt, atribuyendo los escaños a los 20 cocientes más altos dividiendo la votación entre el número de escaños en forma decreciente. Se eliminan los que no hayan obtenido el 6% del número de votantes.

El Consejo puede ser disuelto por disposición presidencial previa consulta con los presidentes de las cámaras y el Comité de Presidencia del Consejo.

La organización del Consejo es la siguiente:

a) Presidente. Es el presidente de la República.

b) Vicepresidente. Es un miembro lego, generalmente el propuesto por la mayoría relativa del Parlamento.

c) Comité de la presidencia. Compuestos por el presidente de la Corte de Casación y el fiscal general, así como el vicepresidente.

d) Comisiones. Ordinarias y especiales.

e) Sección disciplinaria. Es un órgano colegiado con funciones jurisdiccionales compuesta por: el vicepresidente, dos miembros legos, dos magistrados de casación, un magistrado de apelación, dos magistrados de tribunal y un magistrado independientemente de su categoría. Los miembros son electos por mayoría de 2/3 partes y en voto secreto.

El Consejo Superior generalmente actúa en forma plenaria, en sesiones públicas, con un quórum de 14 togados y 7 legos, y las resoluciones son tomadas por mayoría de votos.

Las funciones del Consejo son:

1) Funciones administrativas. Relativas al *status* de los magistrados, es decir, ingreso, traslado, ascenso, etcétera.

2) Funciones normativas, reglamentando su actividad, la práctica de los auditores judiciales, etcétera.

3) Funciones disciplinarias de los miembros de la judicatura.

En Italia se ha tratado de garantizar la independencia del Poder Judicial y el Consejo Superior de la Magistratura es independiente tanto del Poder Ejecutivo (gobierno) como del Legislativo (Parlamento).

En América Latina ha sido implantado en Colombia por Decreto 1698 a 1955 transformado en 1972 en tribunal disciplinario; en Venezuela en 1961, en Perú por Decreto-Ley 1800 de 23 de diciembre de 1969.

El doctor Fix-Zamudio [41] considera que el Consejo Judicial:

> Es beneficioso para la eficacia de las funciones del organismo judicial, no sólo por su colaboración para el establecimiento de una verdadera política judicial con el concurso de los otros departamentos del poder —siempre dentro de un sistema de predominio de los miembros de la judicatura—, sino también porque impide que los integrantes del poder judicial se conviertan en un cuerpo cerrado y estratificado, al decidir por sí solos —con excepción de la designación o remoción de los jueces supremos— sobre el nombramiento, vigilancia y promoción de sus propios miembros...

Así, el Consejo Judicial constituye en la actualidad la manera más eficaz para garantizar las funciones del órgano Judicial, estableciéndose para ello la llamada "unidad jurisdiccional", y también representa un instrumento de control para evitar represalias o favoritismos entre los propios miembros del Poder Judicial.

VII. Conclusiones

La preparación de los jueces federales en México no debe concretarse exclusivamente al título de licenciado en derecho y a la práctica profesional; se debe establecer una escuela judicial efectiva que tenga como finalidad la preparación de los aspirantes a la judicatura y la actualización y especialización de los miembros en funciones.

[41] Fix-Zamudio, Héctor, *Función del Poder Judicial...*, *op. cit.* p. 45.

En cuanto a la selección de los jueces federales mexicanos, se deben establecer exámenes de oposición con el objeto de que sean las personas más capacitadas las que realicen esta importante función, evitando de esta manera recurrir únicamente a criterios sociopolíticos.

Las garantías judiciales de inamovilidad, remuneración decorosa y el establecimiento de la carrera judicial son los pilares sobre los cuales debe descansar la autonomía del Poder judicial mexicano.

Se debe establecer el Consejo Judicial en México, adaptándose a su realidad política y social, con la finalidad de regular todo lo concerniente a las cuestiones administrativas de los miembros del Poder Judicial (designación, ascensos, traslados, adscripciones, etcétera) y a las medidas disciplinarias de las que sean acreedores.

Lo anterior evitará que el Poder Judicial se constituya como un cuerpo cerrado en donde el favoritismo o las represalias tomen el papel de agentes de promoción o castigo.

CARACTERISTICAS GENERALES DEL DERECHO PROCESAL AGRARIO MEXICANO

Luis M. Ponce de León Armenta

Sumario: I. *Introducción; teleología y concepto.* II. *La jurisdicción agraria.* 1. *Fundamento jurídico.* 2. *Autoridades y órganos que ejercen jurisdicción agraria y sus atributos.* 3. *Deficiencias de la actual jurisdicción agraria.* III. *La acción agraria.* 1. *Concepto.* 2. *Personas con capacidad para ejercitar la acción agraria.* IV. *El proceso agrario.* 1. *Objeto.* 2. *Principios procesales que predominan.* 3. *Vinculación del proceso agrario con los demás procesos.* 4. *Instituciones procesales que lo integran.* 5. *Deficiencias generales.* V. *Clasificación del proceso agrario y descripción procedimental de sus instituciones.* 1. *Desarrollo procedimental de las instituciones procesales comunes del ejido, la comunidad y la pequeña propiedad.* 2. *El proceso agrario ejidal. Objeto, integración y desarrollo procedimental de sus instituciones.* 3. *El proceso agrario comunal.* 4. *El proceso agrario de la pequeña propiedad.*

I. Introducción; teleología y concepto

Antes de penetrar en el estudio específico del derecho procesal agrario mexicano vigente es necesario delimitar sus fines esenciales y su concepto.

El análisis de la normatividad procesal vigente la hacemos sobre la base de una teleología científica no ideológica en virtud de que consideramos que el problema de la tenencia y explotación de la tierra y distribución de sus productos es un problema de carácter científico y técnico, con implicaciones de ciencia política, ciencia jurídica y ciencia económica, y no como lo conceptúan algunos autores [1] al señalar que es un problema esencialmente político, no científico o técnico.

Son fines del derecho procesal agrario como ciencia: el bienestar y la armonía de la familia del campo, la autosuficiencia alimentaria del país y, en síntesis, la plena realización de la justicia sobre las relaciones jurídicas derivadas.

El derecho procesal agrario es el sistema de normas jurídicas, prin-

[1] Aroche Parra, Miguel, "Producción agropecuaria, al rescate de la tierra" *Excélsior*, lunes 5 de junio 1978, p. 8-A.

cipios y valores que regulan las relaciones humanas que se dan con motivo de la realización de la justicia agraria, la integración de los órganos y autoridades jurisdiccionales agrarias, su competencia, así como la actuación de los juzgadores y las partes en la substanciación del proceso.

El derecho procesal agrario constituye la parte instrumental del derecho agrario y estudia la jurisdicción, la acción y el proceso agrario vinculados a los principios de la ciencia del derecho procesal.

Analizamos en este breve estudio las normas e instituciones agrarias de carácter procesal señalando sus deficiencias que han obstaculizado la justicia agraria para la familia del campo.

El derecho procesal agrario, como todo derecho procesal, está ubicado dentro del derecho público, en virtud de que la administración de justicia y, como consecuencia, la función jurisdiccional, está encomendada al Estado, como organización política contemporánea.

En efecto, el derecho procesal forma parte del derecho público porque se refiere directamente a la función jurisdiccional como función del Estado puesta al servicio social para hacer efectivas sus instituciones jurídicas; sin embargo, desde el punto de vista de sus normas sustantivas sujetas a aplicación, podemos ubicar el derecho agrario dentro del derecho social.

II. La jurisdicción agraria

1. *Fundamento jurídico*

La jurisdicción agraria es parte integral de la función jurisdiccional del sistema jurídico mexicano previsto principalmente en los artículos 27, párrafo noveno, fracciones VII, X, XI, XII, XIII, XIV; 104, fracción I; del 94 al 107, y 124, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,[2] y el artículo segundo de la Ley Federal de Reforma Agraria (LFRA).[3]

2. *Autoridades y órganos que ejercen jurisdicción agraria y sus atributos*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 constitucional y

[2] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

[3] Guerra Aguilera, José Carlos, *Ley Federal de Reforma Agraria Reformada*, 2a. ed., México, Editorial Pac., 1985, p. LXXI.

el 2º de la Ley Federal de Reforma Agraria, son autoridades y órganos agrarios los siguientes:

a) El presidente de la República;

b) Los gobernadores de los Estados y el jefe del Departamento del Distrito Federal;

c) La Secretaría de la Reforma Agraria (SRA);

d) La Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH);

e) El Cuerpo Consultivo Agrario (CCA), y

f) Las comisiones agrarias mixtas.

El artículo 8º de la Ley Federal Agraria señala que el presidente de la República es la suprema autoridad agraria. Las atribuciones de cada una de las autoridades agrarias están contenidas en la Ley Federal de Reforma Agraria (artículos 8 al 16).

3. *Deficiencias de la actual jurisdicción agraria*

Como hemos observado, la jurisdicción agraria, como función del Estado, está integrada por diversas autoridades y órganos agrarios con diferentes funciones que han motivado que la substanciación del proceso agrario en su variada modalidad sea retardado y poco eficaz.

La solución imparcial de las controversias y planteamientos jurídicos particularizados, no pueden darse en toda su plenitud cuando la responsabilidad de juzgar se diluye en tantas autoridades agrarias.

La simplificación que debe ser característica fundamental del proceso agrario, por estar éste destinado a la familia del campo, se ha tornado en complejidad.

No obstante éstas deficiencias tan notorias, ninguna de las reformas de la legislación agraria las han considerado.

III. La acción agraria

1. *Concepto*

La acción agraria es la facultad para provocar la actividad de los órganos y autoridades jurisdiccionales con el fin de resolver controversias y problemas jurídicos planteados.

La jurisdicción agraria, de acuerdo con la actual normatividad jurídica, está encomendada a órganos y autoridades administrativas con función materialmente jurisdiccional.

2. Personas con capacidad para ejercitar la acción agraria

A. Personas individuales

Las personas individuales con capacidad para ejercitar la acción agraria son las siguientes:

a) Los campesinos que reúnan los requisitos señalados en el artículo 200 de la LFRA.

b) Los alumnos que terminen sus estudios en las escuelas de enseñanza agrícola media, especial o subprofesional (artículo 201, LFRA).

c) Los peones o trabajadores de las haciendas (artículo 202, LFRA).

d) Los pequeños propietarios (artículo 27 constitucional, párrafo 9º, fracciones 14 y 15, y artículos 297, 350, 446, fracciones 7a. y 10a. y 256, de la LFRA).

e) Los dueños o poseedores de predios agrícolas o ganaderos en explotación a los que se haya expedido o en lo futuro se expida certificado de inafectabilidad (artículo 27 constitucional, párrafo 9º, fracción 14).

f) "Los ocupantes y adquirientes de terrenos nacionales" (artículos 9, 18, 48 y 70 de la Ley de Terrenos Baldíos Nacionales y Demasías publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación el 7 de febrero de 1951).

g) Los colonos; según Decreto de 31 de diciembre de 1962 que derogó la Ley Federal de Colonización de 30 de diciembre de 1946. Los colonos tienen capacidad para seguir ejercitando sus derechos de conformidad con su estatuto jurídico y bajo la vigilancia de la Secretaría de la Reforma Agraria.[4]

h) Los grandes y medianos propietarios de conformidad con la fracción 14 del párrafo 9º del artículo 27 constitucional y los artículos 253, 262 de la LFRA.

La fracción 14 del párrafo 9º del artículo 27, en su párrafo 2º, señala que los afectados con dotación tendrán el derecho de acudir al gobierno federal para que les sea pagada la indemnización correspondiente.

El artículo 253 de la LFRA concede a los dueños de predios afectados a escoger la localización que dentro de sus terrenos deba tener la pequeña propiedad.

[4] Chávez Padrón, Martha, *El proceso social agrario y sus procedimientos*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, S. A., 1976, pp. 19 y 20.

De conformidad con el artículo 262 de la LFRA, el grande y mediano propietario en caso de afectación agraria podrá conservar dentro de la superficie localizada como pequeña propiedad: los edificios de cualquier naturaleza, las obras hidráulicas enunciadas en la fracción II, y las cercas de alambre instaladas en terrenos dotados, cuando pertenezcan a los arrendatarios, medieros, etcétera, así como las que sirvan de linderos entre ejidos y propiedades.

B. Personas colectivas

Las personas colectivas con capacidad para ejercitar la acción agraria son: los núcleos de población peticionarios, los ejidos y las comunidades agrarias.

a) Los núcleos de población peticionarios tienen capacidad agraria según lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, parte final del párrafo 3º, y las fracciones 10, 11, incisos *d* y *e*, del párrafo 92, así como los artículos 195, 198, 199, 191, 17, 18, 19, 20 y 21 de la LFRA.

b) Los ejidos tienen capacidad agraria de conformidad con la fracción 11, inciso *e*, del párrafo 9º del artículo 27 de la Constitución, y los artículos 22, 23 y 48 de la LFRA.

c) Las comunidades agrarias tienen capacidad agraria según lo dispone la fracción VII del párrafo 9º del artículo 27 constitucional, y los artículos 191, 22, 23 y 48 de la LFRA.

IV. El proceso agrario

1. *Objeto*

El proceso agrario tiene por objeto realizar la justicia agraria constituyendo armónicamente la tenencia de la tierra ejidal comunal y de la pequeña propiedad en explotación con todas sus implicaciones.

El proceso agrario es el instrumento jurídico realizador de la reforma agraria, por lo cual su análisis y renovación debe ser preocupación permanente de todos, especialmente de legisladores y de quienes tienen la responsabilidad directa e indirecta en la actividad agraria.

2. *Principios procesales que predominan*

Dentro del derecho procesal agrario predominan los principios: inquisitivo, de justicia distributiva, tratamiento desigual a las partes, de

libertad en el desenvolvimiento del proceso, imperativo y de la no perención.

Estos principios no son absolutos, tienen sus excepciones, y, sin embargo, delimitan y caracterizan el derecho procesal agrario como un sector autónomo de la ciencia jurídica.

A. Principio inquisitivo

El principio inquisitivo otorga al juzgador amplias facultades para el impulso del proceso.

Las autoridades agrarias, en su carácter de órganos jurisdiccionales, poseen amplias facultades para desempeñarse libremente en la dirección del proceso y en la investigación de los hechos, ya que pueden allegarse todo el material probatorio necesario en la búsqueda de la verdad real que les permita emitir una justa resolución.

B. Principio de oficiocidad

Hay casos en los cuales el proceso puede iniciarse de oficio, por las autoridades agrarias competentes, según se desprende de los artículos 274, 276, 367, 326, 327 y 285.

Estos casos se presentan en las dotaciones y restituciones de tierras, bosques y aguas, de conflictos por límites de bienes comunales (artículo 367) de ampliación de ejidos (artículo 325), el de nuevos centros de población ejidal (artículo 326) y el de dotación complementaria (artículo 285).

La posibilidad de promover de oficio algunos procesos agrarios amplía las facultades del juzgador, lo que constituye una particularidad muy especial del derecho procesal agrario.

C. Principio del "tratamiento proporcionalmente desigual de las partes o de justicia distributiva"

Considerando que la sociedad se caracteriza por las desigualdades sociales y económicas, el derecho procesal agrario, y con él todo el proceso social, se realiza tomando como punto de partida la desigualdad social para alcanzar como meta la igualdad material o jurídica de las partes, mediante la realización de la justicia distributiva.

De acuerdo con este principio, se otorgan amplias oportunidades procesales a la parte débil del proceso agrario constituida por grupos

de campesinos carentes de tierra y, en particular, por comuneros y ejidatarios.

En general, no es posible aceptar la igualdad de las partes en el proceso agrario porque realmente no son iguales; su aceptación constituiría la ratificación jurídica de la desigualdad. No obstante, hacemos notar que hay casos específicos donde se da un tratamiento igual a las partes, como en los conflictos internos de los ejidos y en los juicios de inconformidad en los conflictos por límites de bienes comunales; pero éstos sólo constituyen casos de excepción.

D. Principio de la libertad en el desenvolvimiento del proceso

De acuerdo con éste principio, el órgano jurisdiccional y las partes pueden promover y aportar material probatorio en cualquier tiempo del proceso anterior a la resolución definitiva, con excepción de la llamada segunda instancia para los conflictos por límites de bienes comunales, regulado por la LFRA en los artículos del 379 al 390 bajo el rubro juicio de inconformidad en los conflictos por límites de bienes comunales.

En otros procesos existen faces limitadas con términos preclusivos que ocasionan un desarrollo paulatino del proceso; demanda, contestación, pruebas, alegatos, sentencia, domina el principio preclusivo; si el demandado no contesta la demanda en el término de ley, se le considera como litigante rebelde y el proceso se sigue en rebeldía; asimismo, si no presenta pruebas dentro del plazo señalado, pierde el derecho a hacerlo.

En la práctica, no se ha cumplido con la esencia de este principio; su aplicación ha degenerado en anarquía, rezago agrario y una amplitud ilimitada en la duración de los procesos. En este aspecto resulta necesario la reforma de algunos artículos que hagan compatible el libre y discrecional desenvolvimiento del proceso con la celeridad en el mismo.

E. Principio imperativo y de jurisdicción forzosa

Según este principio, realizada la hipótesis prevista por la norma agraria sustantiva, y conociendo el órgano jurisdiccional, la tramitación forzosa sin dejar discrecionalidad ni disponibilidad a las partes; en otros procesos, como el civil, opera el principio de la disponibilidad del derecho material controvertido, ya que las partes pueden terminar

el conflicto de intereses por el allanamiento o la transacción, y pueden también, en algunos casos, escoger el juez que les resuelva sus diferencias.

F. Principio de la no perención

El proceso agrario no perece por la inactividad de las partes, y por lo tanto no se concibe la caducidad de la instancia, ya que su impulsión recae sobre los órganos jurisdiccionales agrarios.

Dentro de estas características generales del proceso agrario que lo hacen diferente de otros procesos, analizamos algunas de sus instituciones procesales, en sus deficiencias para la búsqueda de alternativas que tomen en cuenta con plenitud los lineamientos fundamentales de la ciencia del derecho.

3. *Vinculación del proceso agrario con los demás procesos*

El proceso agrario está estrechamente relacionado con todos los demás procesos, considerando la unidad esencial de todo el derecho procesal, que, como núcleo central, está investido de lineamientos fundamentales de los cuales participan todos los sectores del derecho procesal, como el proceso civil, fiscal, penal, laboral, agrario, etcétera, mismos que se han diferenciado entre sí, en lo secundario, pero siempre conservando su vinculación con el núcleo central.

Por muy variada que sea la regulación y estructura que pueda residir en las diversas leyes, en todas ellas el proceso presenta algunas líneas esenciales y comunes, entorno a las cuales se trazan después las líneas diferenciales que dan lugar a diversos sistemas procesales.[5]

Consecuente con lo anterior, podemos afirmar que entre todos los procesos existen relaciones esenciales y diferencias secundarias que los caracterizan.

En cuanto a la evolución de los diversos sistemas procesales, existe una tendencia común que, según Cappelletti,[6] comprende la publicación del proceso, la oralidad, la socialización y la libre valoración de las pruebas tendencia de la cual participa el proceso agrario.

[5] Chiovenda, Guiseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, 2a. ed., México, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 52.

[6] Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, pp. 43 y ss.

Establecida la relación fundamental del proceso agrario con los demás procesos, anotamos las principales diferencias con otros procesos, entre los que destaca, por su consistencia tradicional, el proceso civil.

En el proceso agrario predomina el principio inquisitivo, en otros procesos el principio dispositivo.

El proceso agrario puede iniciarse de oficio o a iniciativa de parte; en otros procesos debe iniciarse forzosamente por iniciativa de parte.

En el proceso agrario el impulso procesal queda confiado principalmente al órgano jurisdiccional; en otros procesos es confiado a la actividad de las partes.

4. *Instituciones procesales que lo integran*

El proceso agrario se integra con las siguientes instituciones procesales: [7]

A. Instituciones procesales comunes para el ejido, la comunidad y la pequeña propiedad

a) Nulidad de actos y documentos que contravengan las leyes agrarias.
b) Reposición de actuaciones.
c) Conflictos internos de los ejidos y comunidades.
d) Expropiación de bienes ejidales y comunales.

B. Instituciones del proceso ejidal

a) Restitución de tierras, bosques y aguas.
b) Dotación de tierras, bosques y aguas.
c) Dotación y accesión de aguas.
d) Dotación complementaria.
e) Ampliación de ejidos.
f) Creación de nuevos centros de población ejidal.
g) Permutas de bienes ejidales.
h) Fusión y división de ejidos.
i) Nulidad de fraccionamientos ejidales.
j) Suspensión de derechos agrarios.
k) Privación de derechos agrarios.
l) Sucesiones ejidales.

[7] *Ley Federal de Reforma Agraria y Ley Federal del Trabajo.*

C. Instituciones del proceso agrario comunal

a) Reconocimiento y titulación de bienes comunales.
b) Procedimientos en los conflictos por límites de bienes comunales.
c) Juicios de inconformidad en los conflictos por límites de bienes comunales.
d) Nulidad de fraccionamientos de bienes comunales.
e) Transformación del régimen comunal al ejidal.

D. Instituciones del proceso agrario de la pequeña propiedad y posesión en explotación

a) Determinación de propiedades inafectables.
b) Obtención de certificados de inafectabilidad.
c) Nulidad de fraccionamientos de propiedad inafectables.
d) Nulidad de contratos y concesiones.
e) Nulidad de cancelación de certificados de inafectabilidad.
f) Cambio de calidad de las tierras.

E. El proceso laboral agrario

5. *Deficiencias generales*

Hemos señalado las deficiencias de la jurisdicción agraria; para complementar el diagnóstico describimos a continuación algunas deficiencias del proceso agrario.

El principal problema del proceso agrario es su desarticulación, su deficiente sistema de notificación y los excesivos tramitadores que intervienen en su desarrollo.

Hay desarticulación del proceso agrario en virtud de que en las diversas instituciones procesales que lo integran se presentan variantes innecesarias en cuanto términos y secuencia procedimental.

En el desarrollo del proceso intervienen una gran cantidad de tramitadores motivando la dispersión de la responsabilidad y la dificultad para las partes hacer un adecuado seguimiento del inicio a la conclusión del proceso; el expediente es turnado de autoridad a autoridad, de autoridad a órgano agrario y de órgano agrario a autoridad; en múltiples ocasiones, lo que hace complejo y retardado el proceso en perjuicio de las partes, de la definición de la tenencia y de la actividad agropecuaria y forestal.

Se observa además una exagerada utilización del *Diario Oficial* de la Federación, de los periódicos oficiales, de las entidades de la Federación y de periódicos de mayor circulación para publicación de actuaciones y notificaciones.

Además de estas deficiencias generales, señalamos algunas específicas de los procedimientos que analizamos en seguida.

V. Clasificación del proceso agrario y descripción procedimental de sus instituciones

Las diversas instituciones de derecho procesal agrario previstas en la legislación las hemos agrupado en cuatro grandes rubros: el proceso comunal, el proceso ejidal, el proceso de la pequeña propiedad en explotación y el proceso laboral agrario, lo que constituye nuestro punto de vista sobre la clasificación del proceso agrario.

La clasificación señalada del proceso agrario la fundamentamos con base en las tres formas de posesión territorial que reconoce nuestra Constitución: el ejido, la comunidad y la pequeña propiedad en explotación, en la que incluimos las colonias, así como las relaciones de trabajo que se dan con motivo de la explotación de la tierra.

No obstante la clasificación enunciada, podemos observar en la legislación instituciones procesales generales del proceso agrario aplicables para el ejido, la comunidad y la pequeña propiedad, y que constituyen el primer caso para la integración científica del derecho procesal agrario.

1. *Desarrollo procedimental de las instituciones procesales comunes para el ejido, la comunidad y la pequeña propiedad*

A. Nulidad de actos y documentos que contravengan las leyes agrarias

a. *Iniciación y notificación*

Se inician de oficio o petición de parte interesada ante la Comisión Agraria Mixta (CAM), la que notificará a las contrapartes por oficio en un plazo de diez días.

Sólo pueden solicitar la nulidad las personas o los núcleos de población que tengan derecho o interés para hacerlo por el perjuicio que puede causarles el acto o documento que impugnen (artículos 406 y 407 LFRA).

b. *Aportación de pruebas*

La CAM hará una investigación sobre actos o documentos impugnados y otorgará un plazo de 30 días a partir de la notificación para que las partes aporten las pruebas conducentes.

c. *Alegatos*

Concluido el término probatorio, se hará saber a los interesados, mediante oficio, de que disponen de quince días hábiles para alegar lo que a sus derechos convenga.

d. *Resolución*

Dentro de los diez días siguientes a aquel en que concluya el periodo de alegatos, la Comisión Agraria Mixta resolverá sobre la nulidad. Estas resoluciones no serían recurribles.

La CAM dictará las órdenes necesarias para dejar sin efectos el acto o sin valor el documento de que se trate, a excepción de la anulación de asambleas ejidales o comunales o de actos o documentos relacionados con las mismas, caso en el cual el delegado agrario citará a nueva asamblea general dentro de los 15 días siguientes señalando que el objeto de la misma es reparar o reponer el acto anulado.

B. Reposición de actuaciones

Los documentos y actuaciones que se perdieren, serán repuestas sumariamente, para lo cual el funcionario competente certificará la existencia anterior y la falta posterior de aquélla.

a. *Iniciación*

Se inicia con la certificación de la existencia anterior y la falta posterior que hará el funcionario competente.

b. *Desarrollo*

Los documentos y actuaciones serán repuestos sumariamente, se faculta a las autoridades agrarias para valerse de todos los medios de prueba que no sean contrarias a la moral y el derecho (artículo 441, LFRA).

Los responsables de la pérdida serán sancionados conforme al artículo 458 de la LFRA.

C. Conflictos internos de los ejidos y comunidades

a. *Conciliación ante el comisariado ejidal o de bienes comunales*

1) *Queja.* Se inicia la queja verbal ante el comisariado, levantándose acta.

2) *Solución del comisariado.* El comisariado citará al quejoso y a la parte contraria a una junta que se celebrará de los 3 días siguientes en lo que se dará lectura al acto de la queja y se oirá a ambas partes. En esta junta, el comisariado propondrá una solución, si las partes la aceptan se dará por terminado el conflicto. De esta diligencia se levantará un acto que firmarán los participantes.

b. *Trámite ante la Comisión Agraria Mixta*

1) *Solicitud de parte inconforme.* La parte inconforme con la solución del comisariado, podrán acudir ante la CAM para la solución de la controversia.

2) *Notificación y aportación de pruebas y alegatos.* La CAM notificará a las partes a efecto de que en un término de 30 días aporten pruebas; las partes dispondrán de 10 días para alegar lo que a su derecho convenga.

c. *Resolución*

La CAM dictará resolución en el término de quince días, la que será irrevocable y se comunicará a las partes y a la SRA.

D. Expropiación de bienes ejidales y comunales

a. *Iniciación*

La expropiación se inicia por solicitud por escrito ante el secretario de la Reforma Agraria, que podrán presentar autoridades o instituciones oficiales o persona que tenga interés lícito en promoverla.

En la solicitud deberán indicarse los requisitos del artículo 343, siendo aplicables además los artículos 112 al 127 de la LFRA.

b. *Notificación*

La SRA notificará al comisariado ejidal del núcleo afectado mediante oficio y publicación en el *Diario de los Debates* de la Federación y en el periódico oficial de la entidad.

c. *Opiniones del gobernador de la CAM y del banco ejidal*

La Secretaría pedirá las opiniones del gobernador de la Comisión Agraria Mixta de la entidad donde los bienes se encuentren ubicados y del banco oficial que opere con el ejido, las que deberán rendirse en un plazo de 30 días, transcurrido el cual, si no hay respuesta, se considerará que no hay oposición y se proseguirá con el trámite.

d. *Trabajos técnicos informativos y avalúo*

Simultáneamente a la solicitud de opiniones, la Secretaría mandará practicar los trabajos técnicos informativos y la verificación de los datos. Solicitará el avalúo correspondiente a la Comisión Nacional de Avalúos de la Secretaría Urbano y Ecología, trámite que deberán concluir en un término de 90 días.

e. *Integración del expediente y resolución definitiva*

Integrado el expediente por la Secretaría, será sometido a consideración del presidente de la República para que resuelva en definitiva.

f. *Publicación del decreto y ejecución*

El decreto que resuelva sobre la expropiación será publicado en el *Diario de los Debates* de la Federación y en el periódico oficial de la entidad donde se encuentran ubicados los bienes ejidales que se expropien, y la SRA procederá a ejecutarlo en sus términos, de conformidad con lo señalado por los artículos 346 a 349 de la LFRA.

2. *El proceso agrario ejidal. Objeto, integración y desarrollo procedimental de sus instituciones*

El proceso agrario ejidal tiene por objeto constituir y mantener la posesión ejidal con todas sus implicaciones y apoyos de conformidad con las disposiciones de la Constitución y su legislación reglamentaria.

Este proceso se integra con las siguientes instituciones procesales.

a) Restitución de tierras, bosques y aguas.
b) Dotación de tierras.
c) Dotación de accesión de aguas.
d) Dotación complementaria.
e) Ampliación de ejidos.
f) Nuevos centros de población ejidal.
g) Permutas de bienes ejidales.
h) Fusión y división de ejidos.
i) Nulidad de fraccionamientos ejidales.
j) Suspensión de derechos agrarios.
k) Privación de derechos agrarios.
l) Sucesiones ejidales.

A. Restitución de tierras, bosques y aguas

a. *Requisitos de procedencia*

Para que un núcleo de población pueda solicitar la restitución de tierras, bosques y aguas, es necesario que reúna los siguientes requisitos de procedencia:

1) Que el núcleo de población solicitante sea propietario de tierras, bosques y aguas y que se encuentre privado de sus bienes.

2) Que se encuentre privado de sus bienes por cualquiera de los actos ilegales señalados en la fracción VIII del párrafo noveno del artículo 27 constitucional.

3) Que las propiedades señaladas en la solicitud no se encuentren en los casos previstos en el artículo 193 de la LFRA que señala las propiedades inafectables por restitución.

b. *Desarrollo del proceso*

1) Primera instancia

a) Solicitud: Ésta se presenta ante el gobernador del estado en cuya jurisdicción se encuentre el núcleo de población interesado; por escrito y con copia a la Comisión Agraria Mixta.

Recibida la solicitud, el Ejecutivo local dentro de las 72 horas siguientes manda comprobar si el núcleo solicitante reúne los requisitos de procedencia.

b) Publicación de la solicitud, notificación y nombramiento del comité particular Ejecutivo. Si se reúnen los requisitos de procedencia el gobernador mandará publicar la solicitud en el periódico oficial de la entidad y turnará el original a la Comisión Agraria Mixta en un plazo de 10 días para que inicie el expediente; en este lapso expedirá los nombramientos del Comité Particular Ejecutivo, designado por el núcleo de población solicitante.

Si el Ejecutivo local no realiza estos actos, la Comisión Agraria Mixta, los realizará con la copia que le haya sido entregada notificando el hecho a la SRA.

El expediente se iniciará por restitución, pero al mismo tiempo se seguirá de oficio el procedimiento dotatorio para el caso de que la restitución se declare improcedente (artículo 274, LFRA).

La publicación de la solicitud de restitución surtirá efectos de notificación para iniciar el doble procedimiento, también respecto de los propietarios o usuarios de aguas destinadas al riego de las tierras afectables cuyos inmuebles se encuentren dentro del radio de afectación.

El mismo día que el gobernador, o la Comisión Agraria Mixta, disponga de la publicación de la solicitud, notificarán el hecho al Registro Público, que corresponda mediante oficio que dirigirán por correo certificado para que se hagan las anotaciones marginales de conformidad con el artículo 449 de la LFRA.

Las comisiones agrarias mixtas deberán informar sobre el particular a los propietarios de tierras y aguas afectables mediante oficio que les dirijan a los cascos de las fincas.

Si la solicitud enumera los predios que sean objeto de la demanda, además de la publicación se notificará por oficio a los presuntos afectados cuando la solicitud no enumere los predios o terrenos, la CAM hará de oficio la investigación que corresponda y una vez que se identifiquen los predios notificará por oficio a los presuntos afectados en un plazo de 45 días (artículos 279, 272, 274 y 275, LFRA).

c) Presentación de títulos y pruebas del poblado solicitante y de los presuntos afectados. Publicada la solicitud, los vecinos del pueblo solicitante, en un plazo de 45 días, deben presentar a la CAM los títulos de propiedad y documentación necesaria para comprobar la fecha y forma de despojo de tierras, bosques o aguas reclamadas, y los presuntos afectados deben exhibir los documentos en que fundan sus derechos (artículo 279, LFRA).

d) Estudio de autenticidad de títulos y documentos. La CAM enviará a la SRA los títulos y documentos presentados e investigados a fin de que se estudie su autenticidad, dentro de un plazo de 30 días, la SRA, los devolverá con el dictamen paleográfico correspondiente y la opinión de autenticidad que se formule (artículo 280, LFRA).

e) Continuación de la acción restitutoria y suspensión de la dotatoria. Si del estudio practicado resultan auténticos los títulos para acreditar los derechos sobre las tierras, bosques y aguas reclamados, y aparece comprobada la fecha y forma del despojo, de manera que la restitución sea procedente, se suspenderá la acción dotatoria (artículo 281, LFRA).

f) Continuación de la acción dotatoria por improcedencia de restitutoria. En caso de que la SRA opine que no procede la restitución, la CAM deberá continuar de oficio los trámites de la acción dotatoria, suspendiéndose la restitución.

g) Realización de trabajos técnicos. Con la procedencia de la acción restitutoria, la CAM realizará, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que recibe el dictamen palenográfico, los siguientes trabajos técnicos que se prevén en el artículo 281 de la LFRA.[8]

h) Dictamen de la CAM y mandamiento del Ejecutivo local. Concluidos los trabajos técnicos señalados en el artículo 281, la Comisión Agraria Mixta formulará su dictamen en un plazo de 10 días, y lo someterá a la consideración del Ejecutivo local, quien deberá dictar su mandamiento en un plazo que no excederá de cinco días.

Si el Ejecutivo local no dicta su mandamiento en el plazo indicado, se tendrá por desaprobado el dictamen y la CAM deberá recoger el expediente y turnarlo al delegado, quien continuará el trámite correspondiente.

Cuando la CAM no emita dictamen dentro del plazo señalado, el Ejecutivo local recogerá el expediente, dictará el mandamiento que juzgue procedente en el término de 5 días y ordenará su ejecución.

[8] Guerra Aguilera, José Carlos, *Ley Federal de Reforma Agraria*, 2a. ed., México, Editorial Pac, S. A., 1985, p. 92.

2) Segunda instancia

a) Revisión, resumen y opinión del delegado agrario. La segunda instancia se inicia con la recepción del expediente por el delegado agrario, quien completará el expediente en caso necesario en un plazo de 15 días, formulará el resumen y opinión sobre el mismo y lo turnará a la Secretaría de la Reforma Agraria.

b) Revisión del expediente por la SRA. La SRA recibirá el expediente y lo revisará en un plazo de 15 días con el fin de turnarlo al Cuerpo Consultivo Agrario (artículo 284, LFRA).

c) Dictamen del Cuerpo Consultivo Agrario y resolución presidencial. El Cuerpo Consultivo Agrario recibirá el expediente y el Pleno emitirá su dictamen o acuerdo en un plazo de sesenta días. El dictamen se someterá a la consideración del presidente de la República para su resolución definitiva.

B. Dotación de tierras, bosques y aguas

a. *Requisitos de procedencia*

Para que proceda la acción de dotación, es necesario que se reúnan los requisitos siguientes:

1) Que exista un núcleo de población peticionario con seis meses de anterioridad a la fecha de la solicitud o iniciación de oficio (artículos 195 y 285, LFRA).

2) Necesidad de tierras del grupo peticionario integrado por 20 o más campesinos sin tierras.

b. *Desarrollo del proceso*

1) Primera instancia

a) Solicitud o iniciación de oficio. El proceso se inicia por solicitud que deberá hacerse ante los gobiernos de las entidades federativas en cuya jurisdicción se encuentre el núcleo de población interesado, la solicitud se hará por escrito, con copia para la Comisión Agraria Mixta (artículo 272, LFRA).

También puede iniciarse el proceso dotatorio de oficio, cuando la

solicitud sea de restitución y ésta sea improcedente; en este caso opera la llamada doble vía ejidal (artículo 274, LFRA).

b) Publicación de la solicitud, notificación, y nombramiento del Comité Particular Ejecutivo (CPE). Si se reúnen los requisitos de procedencia, el Ejecutivo local mandará publicar la solicitud en el periódico oficial de la entidad y turnará el original a la CAM, en un plazo de 10 días para que se inicie el expediente; en ese lapso expedirá los nombramientos del Comité Particular Ejecutivo designado por el núcleo de población solicitante.

Si el Ejecutivo local no realiza estos actos, la CAM iniciará el expediente con copia que le haya sido entregada, publicará la solicitud de uno de los periódicos de mayor circulación en la localidad, expedirá los nombramientos del CPE y notificará el hecho a la SRA (artículo 272, LFRA).

La publicación de la solicitud o del acuerdo de iniciación de oficio del proceso, surtirá efecto de notificación para todos los propietarios de inmuebles rústicos que se encuentren dentro del radio de afectación y para todos los propietarios o usuarios de las aguas afectables, según lo dispone el artículo 275 de la LFRA. Sin embargo, el mismo artículo señala en la parte final que las comisiones agrarias mixtas deberán informar sobre el particular a los propietarios de tierras y aguas afectables mediante oficio que dirijan a los cascos de las fincas, con lo cual se cumple con la garantía consagrada en el artículo 14 constitucional; el oficio de referencia sólo deberá enviarse a los propietarios de predios afectables señalados por los solicitantes, no es necesario enviarlo a todos los propietarios de predios comprendidos en el radio de afectación.

El mismo día que la CAM, o el gobernador, disponga la publicación, notificarán este hecho al registro público que corresponda mediante oficio que le dirijan por correo certificado, para que haga las anotaciones marginales (artículos 275 y 449, LFRA).

El nombramiento del Comité Particular Ejecutivo constituye otra fase en la integración del expediente, y tiene su fundamento en el inciso *d* de la fracción XI del párrafo octavo del artículo 27 constitucional, y en los artículos 17, 18, 19, 20, 21, 272, de la LFRA.

Los comités particulares ejecutivos son órganos de representación del grupo solicitante cuya función termina con la entrega de las tierras concedidas en forma provisional o definitiva, los cuales son substituidos por comisariados ejidales.

c) Trabajos censales y técnicos de la CAM. La realización de los trabajos censales y técnicos constituye la parte medular de todo el proceso, ya que estos trabajos integran la materia procesal fundamental para la resolución presidencial.

La reglamentación de estos trabajos está contenida en los artículos 286 a 289 de la LFRA, y la ejecución de los mismos está a cargo de la Comisión Agraria Mixta a través de un comisionado, la que deberá realizarlos dentro de los ciento veinte días siguientes a la publicación de la solicitud o acuerdo de iniciación de oficio.

d) Alegatos ante la Comisión Agraria Mixta. Los propietarios presuntos afectados podrán ocurrir ante la CAM a exponer lo que a su derecho convenga durante la tramitación del expediente y hasta cinco días antes de que rinda su dictamen al Ejecutivo local. Los alegatos y documentos que con posterioridad se ofrezcan, deberán presentarse ante el delegado agrario (artículo 297, LFRA).

e) Mandamiento del Ejecutivo local y publicación del mismo. El Ejecutivo local dictará su mandamiento en un término de quince días, ordenará su ejecución y lo turnará a la SRA para su trámite correspondiente. Las variables sobre el mandamiento están previstas en los artículos 293, 294, 295 y 296 de la Ley Federal de Reforma Agraria.

f) Ejecución del mandamiento del Ejecutivo local. El Ejecutivo local enviará los mandamientos a la CAM para su ejecución, la que se hará citándose a todos los interesados a la diligencia de posesión que se practicará dentro de los dos meses siguientes a la fecha de expedición del mandamiento del gobernador e invariablemente comprenderá el deslinde de los terrenos que se entregan en posesión.

Se nombrará el comisariado ejidal en caso de que no haya sido designado, y se asignarán provisionalmente las unidades de dotación.

Practicada la diligencia de posesión conforme a lo dispuesto por los artículos 298 al 303, la CAM informará a la Secretaría de la Reforma Agraria y a la SARH sobre la ejecución del mandamiento, y remitirá éste para su publicación en el periódico oficial de la entidad; si las tierras o aguas afectadas están comprendidas en varias entidades federativas, la publicación se hará en los periódicos oficiales de cada una de ellas.

2) Segunda instancia

a) Revisión del expediente por el delegado agrario y la Secretaría de la Reforma Agraria. El delegado agrario complementa el expediente si es necesario y lo enviará a la SRA, la que lo revisará y, en un plazo de 15 días, lo turnará al Cuerpo Consultivo Agrario para dictamen.

b) Dictamen del Cuerpo Consultivo Agrario. Éste emitirá su dictamen o acuerdo para completar el expediente en un plazo de sesenta días, término en el cual se cerciorará de que la notificación se haya realizado conforme a los artículos 275 y 329 de la LFRA. En caso de que hubiere alguna omisión, lo comunicará a la SRA, para que ésta mande notificar a efecto de que se presenten pruebas y alegatos en un plazo de 45 días a partir de la notificación.

En el caso de que el dictamen del Cuerpo Consultivo Agrario fuere positivo, se formulará proyecto de resolución, que se elevará a la consideración del presidente de la República; en caso de que el dictamen fuere negativo, se notificará a todos los interesados y al Registro Público de la Propiedad de la entidad correspondiente para que se tilden las anotaciones a que se refiere el artículo 449 de la LFRA, y ordenará que se inicie el expediente de nuevo centro de población ejidal (artículos 304 y 309, LFRA).

c) Resolución presidencial. El presidente de la República emitirá resolución especial con base en el proyecto que se formule con posterioridad al dictamen del CCA.

d) Ejecución de la resolución presidencial. Las resoluciones presidenciales, los planes respectivos y las listas de beneficiarios se remitirán a las delegaciones agrarias correspondientes para su ejecución y su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación y en los periódicos oficiales de las entidades respectivas.

Su ejecución se hará conforme a lo señalado por los artículos 307 al 317 de la LFRA, otorgándose la posesión definitiva.

C. Dotación y accesión de aguas

La dotación y accesión de aguas se tramitan de conformidad con las disposiciones previstas para la dotación de tierras en lo que fuere apli-

cable con las siguientes modalidades previstas en los artículos 318 al 324 de la LFRA.

Las solicitudes se presentan ante los ejecutivos locales, las que inmediatamente solicitarán a la SARH su opinión acerca de la disponibilidad o existencia de aguas; si la opinión es positiva, ordenará la iniciación del expediente; si es negativa, se comunicará a los interesados.

Iniciado el trámite del expediente por la CAM, ésta solicitará de la SARH la práctica de una inspección.

El mandamiento del Ejecutivo local, después de ejecutado, será notificado a la SARH para el reajuste provisional de los aprovechamientos.

Pronunciada la resolución presidencial, la SARH, en coordinación con la SRA, hará el reajuste definitivo de los aprovechamientos afectados y ordenará la ejecución de las obras hidráulicas necesarias.

Los casos de accesiones de aguas no previstos en los mandamientos o en las resoluciones presidenciales que hayan concedido tierras de riego, serán dictaminadas por el delegado agrario. La SRA revisará el dictamen y el acuerdo respectivo será firmado por el secretario de la Reforma Agraria y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación y en el periódico oficial de la entidad correspondiente.

D. Dotación complementaria

La dotación complementaria se tramita de acuerdo con las disposiciones relativas a la dotación, cuando los terrenos laborales restituidos no sean suficientes para que todos los individuos con derecho obtengan tierras en extensión igual a la unidad de dotación.

El expediente se iniciará de oficio por la CAM, mediante la publicación del acuerdo por la misma (artículo 285).

Es difícil que en la práctica se dé la dotación complementaria, en virtud de que se requiere la procedencia previa de la acción restitutoria.

E. Ampliación de ejidos.

La ampliación de ejidos está prevista en los artículos 241 y 325 de la LFRA.

Procede si al ejecutarse una resolución presidencial de restitución o dotación, se comprueba que las tierras entregadas son insuficientes para satisfacer íntegramente las necesidades del poblado.

El expediente se tramita de oficio o a petición de parte conforme a las disposiciones previstas para la dotación de tierras en lo que fuere aplicable. Además de constatarse la capacidad del núcleo promovente, debe comprobarse la total explotación de las tierras, conforme al artículo 241 de la LFRA.

F. Nuevos centros de población

a. *Requisitos de procedencia*

Los requisitos que deben reunirse para ejercicio de la acción de nuevos centros de población ejidal son los siguientes:

1) Existencia de un grupo de 20 o más individuos con capacidad agraria, de conformidad con el artículo 200 de la LFRA, aun cuando pertenezcan a diversos poblados.

2) Que las necesidades del grupo capacitado no puedan satisfacerse por los procedimientos de restitución, dotación y ampliación de ejidos o acomodo en otros ejidos.[9]

b. *Desarrollo del proceso*

El expediente se inicia de oficio en única instancia o a solicitud de los interesados ante el delegado agrario.

Se inicia de oficio si el dictamen del cuerpo consultivo agrario en un procedimiento de dotación fuere negativo, caso en el cual la SRA lo notificará al Comité Particular Ejecutivo, a los propietarios interesados y al Registro Público de la Propiedad de la entidad correspondiente para que se tilden las anotaciones a que se refiere el artículo 449, y ordenará que se inicie el expediente de nuevo centro de población ejidal, con la indicación de que se consulte a los campesinos interesados por conducto de la delegación agraria respectiva, acerca de su conformidad para trasladarse al lugar en donde sea posible establecer dicho centro; si no hay conformidad se archivará el expediente como asunto concluido.

El expediente puede iniciarse también a petición de los interesados ante el delegado agrario de cuya jurisdicción sean vecinos los solicitantes (artículo 327, LFRA).

1) Envío de la solicitud o acta de conformidad y del delegado a la SRA.

[9] *Idem*, pp. 66 y 80, artículos 198, 200 y 244.

El delegado agrario, el mismo día que recibe la solicitud u obtenga la conformidad de los campesinos interesados, enviará la solicitud o el acta de conformidad a la SRA; simultáneamente notificará al Registro Público de la Propiedad, mediante oficio por correo certificado, sobre los predios presuntamente afectables si éstos son señalados en la solicitud o en el acta correspondiente, con la finalidad de que hagan las anotaciones que se señalan en el artículo 449.

El acta de conformidad de los solicitantes para trasladarse al lugar donde sea posible establecer el centro, se tendrá como solicitud para todos los efectos procesales.

El delegado, en un término de 30 días, hará un estudio pormenorizado sobre la procedencia del centro, y lo enviará a la SRA.

2) Publicación de la solicitud notificación y alegatos

Recibida la solicitud, la SRA mandará publicarla en el *Diario de los Debates* de la Federación, en el periódico oficial de la entidad de donde sean vecinos los solicitantes y en el de aquella donde está ubicado el predio o predios que se señalan como afectables.

La SRA, dentro de los quince días siguientes a la publicación, mandará notificar a los poseedores o propietarios, por medio de oficio, que dirijan a los cascos de las fincas para que expresen lo que a su derecho convenga en un plazo de 45 días.

En un plazo de 60 días, la Secretaría determinará la cantidad y calidad de las tierras, bosques y aguas que deba comprender y las fincas que puedan afectarse.

En caso de que no se localicen terrenos afectables, los expedientes instaurados se reservarán y se irán resolviendo por orden cronológico, conforme se disponga de tierras afectables.

Si el propietario del predio afectable justifica su inafectabilidad en los términos del artículo 210 de la LFRA, la SRA enviará oficio al delegado para que éste disponga la cancelación de la anotación preventiva en el Registro Público de la Propiedad sin perjuicio de lo que la resolución presidencial definitiva establezca para cada caso (artículos 328, 329, 331 y 275, LFRA).

3) Opinión de la Comisión Agraria Mixta y del Ejecutivo local correspondiente

Los estudios y proyectos formulados se enviarán al Ejecutivo local y a la Comisión Agraria Mixta de la entidad donde se proyecta el

Centro a fin de que expresen su opinión en un plazo de quince días. Simultáneamente, se notificará por oficio a los propietarios afectados que no hubiesen sido señaladas en la solicitud y a los campesinos interesados para que expresen por escrito lo que a sus derechos convenga en un plazo de 45 días.

4) Dictamen del Cuerpo Consultivo Agrario y resolución presidencial

Transcurridos los plazos el Cuerpo Consultivo Agrario, emitirá dictamen, y el secretario de la Reforma Agraria elevará a la consideración del presidente de la República para que dicte la resolución correspondiente.

5) Publicación, ejecución y contenido de la resolución presidencial

El contenido, la publicación y la ejecución de la resolución presidencial se ajustará a las reglas establecidas para la dotación de tierras.

G. Permutas de bienes ejidales

El procedimiento se inicia por solicitud de los interesados ante el delegado agrario correspondiente.

a. *Conformidad de los permutantes*

La conformidad de los permutantes se recabará con la aceptación de la permuta de las dos terceras partes de los miembros del ejido, mediante asamblea general de ejidatarios que para el efecto se convoque por un representante de la delegación agraria.

b. *Resumen y remisión del expediente a la SRA*

Recabada la conformidad la delegación agraria, oyendo al banco oficial que opere con alguno de ellos, hará un resumen del caso en un término de 15 días, fijando la extensión y calidad de las tierras y los volúmenes de aguas que deban permutarse y remitirá el expediente a la SRA.

c. *Resolución presidencial*

La SRA elevará el expediente a la consideración del presidente de la República para resolución presidencial.

H. Fusión y división de ejidos

El expediente se inicia de oficio o a petición de los interesados (deberán observarse los artículos 109, 111, 339 al 342 de la LFRA.

a. *Conformidad de los ejidatarios*

El delegado deberá obtener la conformidad de las dos terceras partes de los ejidatarios en la asamblea que al efecto se convoque, así como la opinión de la institución oficial de crédito que refaccione al ejido.

b. *Dictamen del delegado*

El delegado deberá dictaminar en un término de 45 dias siguientes a la iniciación del procedimiento, y enviará el expediente a la SRA.

c. *Resolución presidencial*

La SRA someterá el asunto a la resolución del presidente de la República.

d. *Ejecución*

La ejecución de las resoluciones relativas a división o fusión de ejidos comprenderá el apeo y deslinde de las tierras correspondientes al ejido que resulten, así como la constitución de los nuevos comisariados y consejos de vigilancia correspondientes y la inscripción de los cambios respectivos en el Registro Agrario Nacional.

I. Nulidad de fraccionamientos ejidales

Se inicia por solicitud por escrito que los interesados deberán presentar ante la CAM, dentro de los 30 días siguientes al fracciona-

miento, cuando la asignación definitiva de parcela se hubiesen hecho en contravención de la legislación agraria.

a. *Diligencias de la Comisión Agraria Mixta*

La CAM, en un plazo de noventa días, estudiará la documentación, oirá a las partes interesadas y practicará una investigación sobre el terreno para emitir resolución.

b. *Resolución*

La CAM emitirá resolución en un plazo improrrogable quince días y la comunicará a las partes y a la Secretaría de la Reforma Agraria.

J. Suspensión de derechos agrarios y adjudicación provisional

a. *Iniciación dentro del ejido*

Cualquier ejidatario puede denunciar los hechos ante el comisariado o la Asamblea General, cuando se incurra en algunas de las causas de suspensión previstas en la ley (artículo 87).

La Asamblea en la que haya que resolverse sobre el asunto objeto de la denuncia, debe ser citada consignando expresamente en el orden del día el pedimento de suspensión y los nombres del afectado y del denunciante; para este caso, el comisariado solicitará la presencia de un representante de la Delegación Agraria para el debido cumplimiento de todas las formalidades.

b. *Solicitud ante la Comisión Agraria Mixta*

El comisariado ejidal solicita por escrito ante la CAM la suspensión de derechos agrarios, el cual se acompañara el acta de la asamblea correspondiente.

La CAM enviará copia de la solicitud a la parte afectada y señalará día y hora para la audiencia de pruebas y alegatos.

La SARH, en aplicación de la Ley de Fomento Agropecuario, denunciará ante la SRA la existencia de tierras ociosas para los fines señalados en los artículos 251, 420 y 426 de la LFRA.

1) Audiencia de pruebas y alegatos

La audiencia se celebrará no antes de 15 días, ni después de 30 a partir de que la parte afectada reciba la copia de solicitud.

En el día y hora señalado para la audiencia se dará lectura al escrito en el que se plantea el conflicto se dará cuenta a las partes de las pruebas recabadas y se oirá sus alegatos, levantándose acta que firmarán los que intervengan.

2) Resolución

La CAM dictará resolución ocho días después de celebrada la audiencia de pruebas y alegatos la que notificará a las partes y se procederá a ejecutarla. La resolución no será recurrible. (Artículos 420 a 425 LFRA.)

K. Privación de derechos agrarios y nueva adjudicación

Se inicia por solicitud ante la CAM, que sólo podrá hacerse por la asamblea general o el delegado agrario cuando la solicitud tenga su origen en denuncia dentro del núcleo de población ejidal deberán llenarse los requisitos del artículo 420 por alguna de las causas del artículo 85 de la LFRA.

— Notificación.

La CAM citará al Comisariado Ejidal, al Consejo de Vigilancia y a los ejidatarios afectados para que se presenten a audiencia el día y hora señalados. Las citaciones deberán hacerse por oficio.

Si los ejidatarios afectados se ausentaron del ejido, se hará constar este hecho, y se notificará por medio de aviso que se fijen en la oficina municipal y en lugares más visibles del poblado.

— Audiencia de pruebas y alegatos.

La audiencia se celebrará en el día y hora señalados, en la cual se escuchará a los interesados y se recibirán pruebas y alegatos.

3) Resolución y publicación

La CAM emitirá resolución dentro de los 10 días siguientes a la audiencia de pruebas y alegatos, y será publicada en el periódico oficial de la entidad federativa correspondiente.

4) Inconformidad con la resolución de la CAM

En caso de inconformidad, la parte interesada, en un término de 30 días computados a partir de su publicación, podrá recurrir por escrito la resolución ante el Cuerpo Consultivo Agrario. Quedará firme la resolución de la CAM respecto a los que no se inconformen.

5) Las sucesiones ejidales

La LFRA prevé en los artículos 81 al 83 y 86 lo relacionado a sucesión ejidales.

Para su tramitación, se siguen las disposiciones contenidas en el título séptimo del libro quinto, que se refiere a conflictos internos de los ejidos y comunidades (artículos 434 a 440, LFRA).

3. *El proceso agrario comunal*

El proceso agrario comunal tiene como finalidad constituir y mantener la tenencia de la tierra, comunal con todas sus implicaciones, conforme a la Constitución y demás disposiciones aplicables.

Este proceso agrario se integra con las siguientes instituciones procesales:

A. Reconocimiento y titulación de bienes comunales

Este procedimiento está previsto en la Ley Federal de Reforma Agraria (artículos 356 al 366).

a. *Iniciación y publicación de la solicitud*

Se inicia de oficio o a petición de parte ante la delegación agraria correspondiente. La solicitud debe ser acompañada con los títulos o pruebas en que funden su derecho o los documentos que comprueben

que se trata de una comunidad, la que deberá publicarse en el *Diario Oficial* de la Federación y en el periódico oficial de la entidad donde se encuentren los bienes.

b. *Trabajos técnicos informativos*

En un plazo de 30 días se procederán a realizar los trabajos que señala el artículo 359 de la LFRA.

c. *Periodo de alegatos y opinión del INI*

Realizados los trabajos técnicos informativos, se pondrán a la vista de los interesados durante un plazo de 30 días para que expongan lo que a su derecho convenga; en este plazo se recabará la opinión del INI.

d. *Opinión del delegado agrario*

El delegado, con su opinión, enviará a la SRA el expediente.

e. *Dictamen del cuerpo consultivo agrario*

La SRA enviará el expediente al CCA, quien emitirá su dictamen conforme al cual se elaborará proyecto de resolución.

f. *Resolución presidencial y registro*

El presidente de la República dictará resolución presidencial definitiva, la que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad de la entidad o entidades correspondientes y en el Registro Agrario Nacional.

g. *Ejecución y realización de trabajos y estudios*

La ejecución se efectuará por la delegación agraria, haciéndose la designación del comisariado de bienes comunales.

La SRA procederá conforme al artículo 365 de la LFRA.

B. Procedimiento en los conflictos por límites de bienes comunales

a. *Primera instancia ante la autoridad agraria*

El procedimiento se inicia de oficio o a petición de parte ante la delegación agraria de la entidad donde se localicen los terrenos sobre los que exista el conflicto.

1) Notificación, nombramiento de representantes y publicación

La delegación iniciará el expediente con la demanda notificada a la contraparte o a las partes si aquél se inicia de oficio, concediendo un término de 10 días para que nombren representante propietario y suplente; dentro del mismo plazo las partes presentarán los títulos y documentos correspondiendo la delegación a publicar en el *Diario Oficial* de la entidad donde se encuentren los terrenos la demanda o en su caso el acuerdo de iniciación.

2) Trabajos de la delegación agraria

La delegación hará el levantamiento topográfico de los terrenos en conflicto y practicará los estudios y trabajos a que se refiere el artículo 366.

3) Periodo de pruebas y alegatos

Concluidos los trabajos, la delegación los pondrá a la vista de las partes y abrirá un plazo de 60 días para pruebas y alegatos.

4) Opinión del delegado y remisión del expediente a la SRA.

Concluido el plazo de pruebas y alegatos la delegación formulará opinión y remitirá el expediente a la SRA.

5) Opinión del INI y dictamen de la SRA

Dentro de los 30 días de recibido el expediente, la SRA oirá la opinión del INI y elaborará el dictamen que se llevará a resolución del presidente de la República.

6) Resolución presidencial y ejecución

El presidente de la República dictará resolución determinando lo señalado en el artículo 375 de la LFRA.

Formará parte de la resolución presidencial el plano definitivo de propiedad y límite de las tierras objeto del conflicto.

La SRA enviará copia de la resolución presidencial a la delegación a efecto de que ésta notifique a las partes y señale día y hora para su ejecución.

7) Inscripción

Si las partes están conformes, la resolución será irrevocable, causará ejecutoria y se mandará inscribir en el Registro Público de la Propiedad correspondiente y en el Registro Nacional; en caso contrario se iniciará juicio de inconformidad sin perjuicio de la ejecución inmediata de la resolución presidencial.

b. *Segunda instancia: juicio de inconformidad ante la Suprema Corte*

1) Demanda por el poblado inconforme

El juicio se inicia por demanda que por escrito presentarán los representantes del poblado inconforme con la resolución del Ejecutivo federal en los conflictos por límites.

La demanda se presentará ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la resolución.

La Suprema Corte deberá suplir las deficiencias de la demanda y de los escritos presentados por los inconformes y por su contraparte.

2) Contestación de la demanda

Deberán contestar la demanda la SRA y la o las contrapartes. La SRA, en nombre del Ejecutivo, contestará la demanda en un plazo de 15 días a partir de la fecha en que la haya recibido, en el mismo plazo deberá contestar la contraparte o contrapartes del poblado a partir de la fecha del emplazamiento.

3) Periodo de pruebas

Concluidos los plazos para contestación de la demanda, la Suprema Corte abrirá el juicio a prueba por un término de 30 días.

4) Alegatos y diligencias para mejor proveer

Después del periodo de pruebas se fijará a las partes un plazo de cinco días para que presenten alegatos por escrito o practicar diligencias de mejor proveer hasta antes de pronunciar sentencia.

5) Sentencia y notificación a las partes

Dentro de los 15 días siguientes a la conclusión del término de alegatos o a la práctica de diligencias de mejor proveer, la Suprema Corte pronunciará sentencia que expresará los puntos de la resolución presidencial que se confirman, revocan o modifican, y causará ejecutoria. La sentencia será notificada a las partes, remitida en copia certificada al juzgado de distrito correspondiente.

6) Ejecución y registro

La sentencia será ejecutada por el juzgado de distrito respectivo, quien mandará hacer el registro correspondiente.

C. Nulidad de fraccionamientos de bienes comunales

a. *Iniciación ante la CAM*

Se inicia por solicitud de los adjudicatorios en la proporción que expresa la fracción IX del artículo 27 constitucional. La solicitud deberá presentarse ante la Comisión Agraria Mixta.

b. *Junta general de adjudicatorios*

La CAM convocará a junta general de adjudicatorios de los terrenos cuyo fraccionamiento pretenda nulificarse, en la que oirá a los peticionarios y a las partes afectadas con la nulidad que se solicita.

c. *Periodo de pruebas y alegatos*

Las partes dispondrán de 90 días a partir de la junta de adjudicatorios para rendir pruebas y alegatos.

d. *Resolución*

La CAM resolverá si es de declararse o no la nulidad del fraccionamiento, y cómo debe hacerse el nuevo repartimiento.

D. Transformación del régimen comunal ejidal

La transformación del régimen comunal ejidal está previsto en los artículos 61 y 62 de la LFRA.

La transformación puede tramitarse cuando las comunidades que hayan obtenido reconocimiento de sus derechos de propiedad opten sobre el régimen ejidal; en tal caso, sus bienes se deslindarán y se asignarán unidades de dotación.

Los núcleos de población que posean bienes comunales podrán adoptar el régimen ejidal por voluntad de sus componentes, mediante resolución presidencial pero cuando sean beneficiados por resolución dotatoria quedarán sujetos al régimen ejidal.

4. *El proceso agrario de la pequeña propiedad*

A. Determinación de las propiedades inafectables y obtención de certificados de inafectabilidad

a. *Solicitud*

Se inicia por solicitud ante la CAM correspondiente, que podrán presentar los propietarios de fincas afectables o ganaderas en explotación que deseen que se localice las superficies inafectables.

La solicitud deberá acompañarse del título de propiedad, documentos, planos topográficos de conjunto de la propiedad afectable en el cual estará señalada la superficie escogida.

b. *Estudio de la solicitud y realización de trabajos del comisionado*

La CAM instaurará el expediente, estudiará las solicitudes agrarias que existan sobre el predio y comisionará personal para que en un plazo de 30 días localice y ratifique sobre el terreno la pequeña propiedad.

c. *Notificación y alegatos*

La CAM, al recibir la información del comisionado, notificará a los

núcleos agrarios ubicados dentro del radio de afectación y a los propietarios colindantes de la finca, para que expongan lo que a su derecho convenga en un plazo de veinte días.

d. *Opinión de la CAM*

La CAM formulará un resumen del caso con su opinión y enviará el expediente a la SRA.

e. *Revisión del expediente y expedición del certificado de inafectabilidad*

La SRA se cerciorará de que el solicitante no tiene inscrita la propiedad de otros terrenos que sumados rebasen la pequeña propiedad, revisará el expediente y determinará sobre la procedencia de la expedición del certificado de inafectabilidad. Si la determinación fuere favorable, expedirá dicho certificado ordenando su inscripción en el Registro Agrario Nacional.

B. Obtención de certificado de inafectabilidad

La solicitud se presentará ante el delegado agrario con los documentos conducentes, por los dueños de los predios que conforme a la ley sean inafectables (son aplicables los artículos 258, 353 y 355 de la LFRA).

a. *Inspección*

El delegado mandará inspeccionar el predio dentro de los diez días siguientes, a efecto de comprobar la veracidad de las pruebas y la circunstancia de que la propiedad está en explotación.

b. *Periodo de alegatos*

Después de la inspección, el delegado notificará a los núcleos agrarios ubicados dentro del radio legal de afectación y a los propietarios colindantes de la finca, para que en un plazo de veinte días expongan lo que a su derecho convenga.

c. *Opinión del delegado*

El delegado remitirá el expediente con su opinión a la SRA en un plazo de 15 días, con el fin de que se compruebe que el solicitante no tiene inscritos otros terrenos que sumados rebasen la extensión de la pequeña propiedad; si al revisar el expediente la SRA encuentra que se han cometido irregularidades, lo consignará al Ministerio Público federal de la entidad federativa correspondiente.

d. *Expedición del certificado de inafectabilidad*

La SRA expedirá certificado de inafectabilidad y ordenará su inscripción en el Registro Agrario Nacional.

C. Nulidad de fraccionamientos de propiedad afectable

El procedimiento para declarar la nulidad de los fraccionamientos ilegales de propiedades afectables y de los actos de simulación a que se refiere el artículo 210 de la LFRA, podrá iniciarse de oficio por la SRA o a solicitud del Ministerio Público federal o de la CAM, en el caso del artículo 290 de la LFRA, o de los campesinos interesados.

a. *Notificación y publicación de la solicitud o acuerdo*

La SRA deberá comunicar a los propietarios la iniciación del procedimiento por medio de oficio que les dirija a los cascos de las fincas.

La solicitud o acuerdo que inicie de oficio el procedimiento deberá publicarse en el periódico oficial de la entidad correspondiente.

b. *Investigación y diligencia de la SRA*

La SRA practicará las investigaciones y diligencias necesarias para comprobar los hechos.

c. *Periodo de pruebas y alegatos*

Dentro de los 30 días siguientes a la publicación, los propietarios afectados podrán ocurrir por escrito ante la SRA para exponer lo que a su derecho convenga rindiendo pruebas y alegatos.

d. *Dictamen de la SRA*

La SRA rendirá dictamen en un término que no exceda de 30 días y lo someterá a la resolución del presidente de la República.

e. *Resolución presidencial y publicación*

La resolución presidencial se publicará en el *Diario de los Debates* de la Federación y en el periódico oficial de la entidad donde se encuentren ubicados los predios.

Si se declara la nulidad de un fraccionamiento la resolución traerá como consecuencia la nulidad de todos los actos derivados del mismo.

Se procederá a cancelar las inscripciones de los actos jurídicos declarados nulos y los predios serán afectables para satisfacer necesidades de núcleos agrarios.

D. Nulidad y cancelación de certificados de inafectabilidad

El procedimiento se iniciará cuando la SRA tome conocimiento de alguna o algunas de las causas de cancelación que prevé el artículo 418 de la LFRA.

a) *Notificación y periodo de pruebas*

La SRA notificará a los titulares de los certificados para que rindan sus pruebas y expongan lo que a su derecho convenga en un término de treinta días a partir de la notificación.

b) *Resolución*

La SRA dictará la resolución que corresponda; si manda cancelar el certificado, deberá notificarse al Registro Agrario Nacional para que se tilde la inscripción del título. Igual procedimiento se seguirá en los casos de nulidad.

E. Nulidad de contratos y concesiones

El procedimiento se inicia por la SRA por acuerdo del presidente de la República, respecto de determinado contrato o concesión de los señalados por la fracción XVIII, del párrafo noveno del artículo 27 constitucional.

a. *Notificación y periodo de pruebas y alegatos*

Con base en las investigaciones que se realicen, la SRA, citará a los terceros poseedores de propiedades dentro del área afectada para que en un plazo de noventa días se presenten a alegar lo que a su derecho convenga. La LFRA (artículo 415) permite la presentación de pruebas y alegatos desde el inicio del procedimiento hasta que la SRA declare cerrado el expediente.

b. *Proyecto del Cuerpo Consultivo Agrario*

El Cuerpo Consultivo Agrario formulará proyecto de declaratoria de nulidad que se someterá a la consideración del presidente de la República.

c. *Declaratoria presidencial de nulidad*

La declaración de nulidad se publicará en el *Diario de los Debates* de la Federación y se inscribirá en el Registro Agrario Nacional y en los registros de las entidades federativas en donde estén ubicadas las tierras, debiendo contener lo señalado en el artículo 416 de la LFRA.

F. Cambio de calidad de las tierras

El cambio de calidad de las tierras está previsto en los artículos 256 y 260 de la LFRA.

Para que el cambio favorable que se haya operado en la calidad de las tierras no se tome en cuenta para afectaciones agrarias posteriores, es necesario que se de aviso a la Secretaría de la Reforma Agraria y al Registro Agrario Nacional de la iniciación y conclusión de las obras de mejoramiento presentando los planos, proyectos o documentos necesarios.

El Registro Agrario Nacional anotará la nueva clasificación de las tierras de la propiedad inafectable y expedirá a solicitud y a costa de los interesados las constancias correspondientes.

EL *OMBUSDMAN*, INSTRUMENTO DE CONTROL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y MORALIZADOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

Federico QUINTANA ACEVES

Haciendo a un lado la célebre frase "¿Quién controla al controlador?" y partiendo de la premisa que todas las instituciones jurídicas son y deben entenderse de buena fe, atendiendo al contenido ético que las inspira como principio y destino final, no es iluso concebir la incorporación normativa de un órgano con autonomía funcional, al que se le atribuyan las facultades y prerrogativas propias y típicas del *ombusdman;* sea éste en su concepción del modelo sueco original, o bien en la idea acogida en el derecho español vigente.

Si consideramos que a partir de la década de los cincuenta la administración pública federal acusa una constante de crecimiento cuantitativo y cualitativo, buscando siempre hacer frente, de la mejor manera, al cumplimiento de sus atribuciones, sin que éste se haya logrado por múltiples factores, algunos detectables y otros imprevistos, se advierte claramente que, en el cumplimiento de sus fines, el Estado mexicano aún sigue aspirando a consolidarse como Estado de derecho.

El fortalecimiento del Poder Judicial federal y el pluripartidismo recientemente institucionalizados normativamente, obedecen no a otra cosa que al afán de mantener vivo al Estado al través de su sujeción al derecho; fuera del cual toda sociedad camina, irremisiblemente al abismo de la anarquía, los excesos e injusticias, que más pronto o más tarde conducen al caos social que, como lo revela la historia reciente (Nicaragua, Haití, Filipinas), es presagio de cambios violentos o pacíficos de las estructuras del poder.

México persigue, sin duda, hacer realidad el proyecto de nación diseñado por el Constituyente de 1917; mas como toda obra humana, en la vida cotidiana se advierten irregularidades o deficiencias en las actividades de los tres poderes de la unión, ante las cuales, ciertamente, las leyes prevén medios de defensa y de posible solución; pero la eficacia de éstos se ve desmejorada por la lentitud, lacerante a veces, en

el avance de las distintas etapas del procedimiento, y, en otros casos, por las "sorpresas procesales" que, cual caja de pandora, sorprenden al afectado con un lenguaje técnico criptográfico que, en el mejor de los casos, le impiden alcanzar la impartición de justicia solicitada.

Cierto que son y siempre serán plausibles los esfuerzos por mejorar, sobre todo en calidad, la impartición de justicia en los tres niveles de gobierno; por lo que propios y extraños acogen plausiblemente las reformas a la Ley de Amparo, que ampliaron los efectos de la suplencia de la queja, aboliendo así el tristemente célebre amparo de estricto derecho.

La tendencia a que desaparezca la llamada fórmula Otero obedece, a no dudarlo, a la búsqueda de dar efectos más justos a las decisiones del supremo tribunal federal.

La otra idea de hacer de la Suprema Corte de Justicia un tribunal constitucional exclusivamente, y que toda violación a la garantía de legalidad por inexacta aplicación de la ley, sea conocida por los tribunales colegiados, se inspira en el anhelo de hacer realidad el mandato del artículo 17 constitucional: pues así, se estima, se rescatará la función típica de la Corte de conocer de la constitucionalidad de leyes, y, por otro lado, los demás casos de violación de garantías por inexacta aplicación de leyes, deberán sustanciarse y resolverse más rápidamente por tribunales colegiados, cuyo número podrá incrementarse según lo exijan las circunstancias para evitar todo rezago; sin ignorar ni desconocer que éste, desde otro ángulo, es un instrumento de poder que permite el manejo pacífico de situaciones conflictivas por los canales permitidos, con la consiguiente ventaja de mantener cierta capacidad de maniobra, sin los riesgos de enfrentamientos directos; lo cual permite prever que ese rezago no siempre puede desearse que desaparezca totalmente; pero por razones no jurídicas.

Si tal es la situación y realidad actual en México, y éste aspira a ser un Estado de derecho y es en la búsqueda del mismo que se justifica todo su actuar, con todo y las deficiencias propias del factor humano, resulta no sólo conveniente por oportuna, sino quizás hasta impostergable la incorporación a nivel normativo del órgano específico que, dotado de plena autonomía funcional y de criterio, realice las funciones propias del típico *ombusdman* como mediador en la solución de conflictos de los particulares con la administración pública federal, a efecto que ésta acate las sugerencias que le sean formuladas con estricto apego a derecho y evita, en beneficio propio y por economía procesal, que se prolongue innecesariamente cualquier litigio que, a la postre, no tendrá

un resultado favorable para dicha administración. Ese órgano también buscaría soluciones jurídicas en los casos no litigiosos, siempre que la naturaleza y contenido de las pretensiones del afectado, sean tales que no se trate de hechos consumados irreparablemente.

Tres cosas, cuando menos, tendrían que preverse normativamente: la designación del titular de ese órgano; su relación de dependencia respecto de los poderes de la unión, y dotarlo de atribuciones y facultades de coacción y de instrumentos para hacer cumplir sus sugerencias, tales como apercibimientos hasta proponer el cese de los funcionarios contumaces; pues, de otra suerte, su función, aunque fuera loable en objetivos, sería incompleta en los hechos de la vida cotidiana; con el consiguiente efecto nocivo e nla población para cuyo beneficio debe estar concebido realmente ese órgano; sugerencia que se formula a pesar que el típico *ombusdman* carece de imperatividad en sus recomendaciones, pues las circunstancias en nuestro medio son otras, como diferente también es nuestra idiosincrasia y nuestra concepción del derecho vigente.

Además, la organización interna del órgano deberá ser cuidadosamente estructurada, a efecto que se cuente con suficiente capacidad de recibir y atender cuantos casos le sean planteados; por lo que podría pensarse en dotarlo de un verdadero equipo de profesionales expertos en las diversas especialidades jurídicas; le permitan integrar debidamente los expedientes, analizarlos; corroborar la veracidad de los hechos que señale el afectado; emitir un dictamen o diagnóstico: proponer las alternativas viables de solución; elegir la que proceda y comunicarla a la dependencia de la administración involucrada, y al hacerlo apercibirla como corresponda si no cumple en un plazo determinado, con la medida sugerida por el titular del órgano; para no dar pábulo a la evocación de la conocida frase "obedézcase, pero no se cumpla".

La designación del titular no debiera ser hecha sólo por el presidente de la República, para evitar que éste lo remueva libremente; pues esta posibilidad haría que no tuviera sentido el darle autonomía funcional e independencia de criterio al titular de dicho órgano.

La duración en el cargo podría ser indefinida y sólo se podría cesar a ese funcionario por falta de probidad y honradez; por tanto, amén de ser profesional, deberá ser persona de reconocida honestidad y prestigio personal.

La rendición de un informe periódico es necesaria, tanto para conocer el volumen de actividades, los logros y los problemas que enfrenta, cuanto para exponer públicamente a los funcionarios renuentes a acatar

las sugerencias propuestas; con lo cual, como es fácil advertirlo, se ejerce una presión moral más en aras de abatir las arbitrariedades.

Dada la múltiple gama de tópicos que abarcaría la función de este órgano, es de elemental sentido común y buen juicio que el titular que se designe sea apolítico (en el sentido estricto de este vocablo) en el ejercicio de sus atribuciones; siendo quizás necesario que en la ley que cree ese órgano se establezca que este se mantendrá al margen de todo credo político o religioso, y mucho menos actuará haciendo labor (ni siquiera velada) de proselitismo para tal o cual grupo social o partido, pues de hacerlo, ello garantizaría intrínsecamente el fracaso rotundo de la nueva institución, dado el presidencialismo que actualmente prevalece en México, en el que muchos creen encontrar la causa de casi todos nuestros grandes problemas nacionales.

La necesidad de dicho órgano se justifica tanto más cuanto que si la tendencia es llegar a la creación del tribunal federal administrativo, del que tanto se ha comentado y polemizado, ese solo hecho es claramente indicador de que el Ejecutivo federal busca canalizar la solución jurídica de la cada vez mayor y variada cantidad de problemas que cotidianamente surgen en el país por actos emanados de la administración pública federal; aprovechando la experiencia, evolución e infraestructura del Tribunal Fiscal de la Federación, cuya competencia material se ha venido ampliando paulatinamente desde su creación.

Por otro lado, la creación impostergable del órgano encuentra justificación desde un plano sociológico-político; habida cuenta que una visión prudente de las cosas permite suponer, sin mucho margen de error, que la sociedad del país en el siglo XXI, amén de tender a ser mayor cuantitativamente por más que se controle el índice de crecimiento demográfico, se enfrentará a otro tipo de situaciones y mayores presiones internas y externas, y el Estado mexicano, al través de sus órganos de gobierno, deberá contar para entonces con otro tipo de instrumentos de control más eficaces y bien vistos por los habitantes, para mantener la paz, el orden y la tranquilidad, y qué mejor que para ese entonces cuente con la experiencia adquirida por el órgano que con función del *ombusdman* se sugiere sea creado.

¿Sus defectos? Los tendrá sin duda, pero con voluntad podrán subsanarse paralelamente; sobre todo en la conformación del equipo de apoyo profesional, para evitar que se vuelva un "elefante blanco" o simple "departamento de quejas" sin capacidad de respuesta, y desde luego, cuidar rigurosamente la selección y reclutamiento de ese perso-

nal para detectar o prever, hasta donde sea posible, cualquier desvío deshonesto en el ejercicio de sus funciones.

Para evitar esto, el personal deberá ser cuidadosa y rigurosamente seleccionado para que sea altamente profesional y, además, asignarle una remuneración decorosa, de manera semejante como lo está ahora el Poder Judicial federal, pues sabido es que sueldos raquíticos son focos de vicios y corruptelas, en sus más variadas, sofisticadas e ingeniosas formas y aspectos.

Por ello se considera que el órgano sugerido, si se quiere, puede ser un instrumento muy valioso para ir haciendo realidad el afán de renovación moral en el seno de la administración pública, pues al ser insobornable y tener independencia de criterio y plena autonomía en sus funciones, bien poco podrán hacer quienes se aferren a seguir actuando irregular e indebidamente, ya que a la postre, o cambian de actitud mental, o serán cesados y consignados penalmente, o bien algún día dejarán de ser servidores *motu proprio* o por el simple paso del tiempo; después de lo cual se tendrá cuidado de sustituirlos con otros cuadros, previamente formados, con otra mística y espíritu de servicio y con una visión más honesta de la importancia que tiene para la supervivencia del Estado mexicano el contar con una sana e intachable administración pública, que, aunque lo parezca *prima facie*, no es una utopía ni una ilusión lograrla, sino que su advenimiento será producto del esfuerzo auténtico en ese sentido, jamás del azar ni de la suerte, pues éstos nunca son base sólida para ninguna actividad humana, sea individual o colectiva.

Cierto que podrá decirse: ¿para qué crear ese órgano si en el nivel federal actualmente existen, cuando menos, cuatro dependencias que de una u otra manera realizan funciones semejantes? Aunque esto sea así, no basta; pues es indudable que la Procuraduría Federal del Consumidor sólo interviene respecto de quejas contra prestadores de servicios y proveedores de bienes; por lo que su actividad no incide dentro de la administración pública sino en los prestadores y proveedores citados.

La Contraloría General de la Federación, con todo y sus atribuciones, no deja de ser una parte del Ejecutivo federal, lo que hace que su titular pueda ser removido libremente: comentario que es aplicable a la Secretaría de Gobernación, la cual, dentro de sus atribuciones, tiene la específica de "vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente en lo que se refiere a las garantías individuales, dictando al efecto las medi-

das administrativas que requiera ese cumplimiento" (artículo 5º, fracción VIII, Reglamento Interior y 27-IV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Lo significativo en este caso último, es determinar el alcance de las palabras "autoridades del país", pues si por éstas entendemos la Federación, esa atribución estará limitada a dicho ámbito; pero, y esto es lo sugestivo, si por "autoridades del país" se entienden todas las que integran los tres niveles de gobierno, resulta más amplio el alcance de esta específica atribución a dicha Secretaría, la cual además incluye la de dictar "las medidas administrativas que requiera" el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

En cualquiera de las connotaciones comentadas, destaca la idea que subyace de mantener incólume y de dar eficacia al principio y garantía de supremacía constitucional como norma rectora y orientadora de los actos de gobierno y los de autoridades conaturales al ejercicio de la administración pública.

Y esto resulta significativo porque dentro del entorno competencial, bien puede entenderse que la Secretaría de Gobernación, llegado el caso que alguien se duela ante ella de violación de sus garantías individuales, está obligada a proveer cuanto se requiera para evitar que persista esa conculcación de garantías y, en su caso, compeler inclusive a cualquiera de "las autoridades del país" para hacer cumplir sus determinaciones.

Se advierte la bondad teleológica de esta atribución, pues a nadie escapa que constituye un control indirecto de la constitucionalidad de los actos de gobierno y de autoridad, independientemente de los controles de legalidad y constitucionalidad por órgano jurisdiccional previstos *ex lege*.

Al ser esto así, cobra mayor sentido esta atribución de la Secretaría de Gobernación si se considera, por otro lado, que la violación de garantías por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones es una conducta tipificada como punible, lo que autoriza prever que el alcance de dicha atribución puede llegar inclusive a la formulación de denuncias o querellas y proponer a quien corresponda el cese de los funcionarios y servidores que conforman "las autoridades del país".

Con el anterior comentario podrá pensarse que ello no debe ser así, por contravenir el sistema federal; pero, como se trata precisamente de un control indirecto de la constitucionalidad de todos los actos de gobierno y de autoridad, es indudable que sin preservarla el propio

federalismo carecería de sentido y base de sustentación, si los preceptos constitucionales fueran transgredidos por las autoridades impunemente.

La otra dependencia del Ejecutivo federal que tiene la función de velar porque no se violen las garantías individuales, es la Procuraduría General de la República, la que se puede ejercitar al través de su titular o de los agentes del Ministerio Público, tal como lo disponen las últimas reformas a su Ley Orgánica.

Con todo, tal parece que la violación de garantías individuales y los actos de autoridad inconstitucionales no son conocidos por estas dos últimas dependencias, pues de no ser sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales, no existe manera de restituir a los agraviados en el goce de esas garantías, ya que la multiplicidad de funciones impide que se actúe de oficio y con la diligencia y oportunidad que exigen esos casos.

Vistos, pues, someramente los inconvenientes e ineficacia del actuar de estas dependencias, en funciones parecidas a las de la figura del *ombusdman* típico, todo parece indicar que ante la variedad de cosas que atender, todo se vuelve un "cuello de botella" que sólo permite despacharlas con base en criterios prioritarios, en los que la violación de garantías no siempre es conocida oportuna y debidamente, lo que da lugar a que ésta persista con el consiguiente detrimento de la imagen de los órganos de gobierno.

De allí la necesidad de crear el órgano que únicamente tenga atribuciones y funciones propias de *ombusdman*, el cual, por lo demás, podría asumir un papel esencial en el desarrollo social y en los valores y patrones de conducta, al través del derecho, ya que en la medida que éste prevalezca evitando todo género de violaciones a la Constitución y a los principios de legalidad, sobre todo con soluciones mucho más rápidas y menos formalistas que las que prevalecen en los tribunales, los habitantes de la sociedad mexicana irán incrementando (aun sin darse cuenta) su voto de confianza en el quehacer público, donde buen cuidado habrá de tenerse para mantener y mejorar dicha imagen, apoyándose forzosa y necesariamente con recursos humanos y materiales previa y cualitativamente seleccionados y formados que garanticen la vivencia y eficacia del Estado de derecho.

Ese cambio social e individual paulatino al través del derecho, no será otra cosa que la realización de un objetivo previsto, el cual, por razón lógica y natural, siempre discurrirá y avanzará con tal dinamismo que no pocas veces el derecho se verá rebasado; situación ésta que refleja la conveniencia y necesidad de crear el órgano que se sugiere.

Un punto de capital importancia será decidir si la función del órgano se limitará a conocer de simples actos de autoridad o abarcará también actos de gobierno, actos estos últimos en que suele subyacer la invocación de la llamada "razón de Estado", cuya utilización parece concebirse doctrinalmente sin sujeción a ningún control.

En el primer caso, parece evidente que deberá conocer de ese tipo de actos, habida cuenta que son los que generalmente pueden causar agravio jurídico y motivar litigios cuya solución no siempre es rápida; siendo en estos casos algo más que una necesidad la intervención del órgano cuya creación está sugiriéndose.

Pero dar ingerencia al órgano para que conozca de actos de gobierno es otra cosa, y precisamente por serlo, nada impide aventurar los posibles efectos que podrían sobrevenir en caso de concederse legalmente atribuciones a dicho órgano para revisar la legalidad de los actos de gobierno.

Dichos efectos, aunque en principio no lo parezca, serían más positivos que negativos para la consolidación y supervivencia del poder del propio Estado mexicano.

La razón es sencilla: el órgano emitiría su dictamen en los casos que se le presenten y señalaría la solución jurídica procedente, y, de no haber manera de adoptarla, bien podría exigirse del Estado una solución equivalente; esto es, el resarcimiento del daño y perjuicios causados con el acto de gobierno de que se trate. Así, los propios órganos de gobierno, paulatinamente, procurarán dar eficacia al principio y garantía de supremacía constitucional aun en actos de gobierno; pues a nadie escapa que aunque éstos encierran, las más de las veces, un contenido y justificación políticos, ello no justifica una total prescindencia del derecho en su concepción y finalidad.

Variada sin duda es la gama de actos de gobierno; pero en la ley que creara el órgano bien podrían establecerse ciertas bases con criterios generales acerca de cuáles de esos actos serían susceptibles de llevarse al conocimiento del nuevo órgano; pues es inconcluso que habrá actos de gobierno que por su naturaleza intrínseca y ejecución inmediata, no son ni serán susceptibles de ser atacados; *vgr.*, facultades del Ejecutivo en materia de escuelas particulares; cambio de residencia de los poderes federales; etcétera.

Esto no significaría volver a la triste experiencia del supremo poder conservador, pues lejos de buscarse la concentración del poder, se trataría precisamente de equilibrar los existentes, de suerte que entre estos únicamente prevalezca una auténtica colaboración funcional, y,

ante casos de actos de gobierno contrarios a derecho, sugerir y adoptar la solución respectiva.

Aunque una atribución de esta índole al órgano sugerido parezca utópica o ingenua, no lo es a la luz del criterio que debe pugnarse por mantener realmente un Estado de derecho, lo cual exige darle eficacia a las reglas categóricas plasmadas en los artículos 128 y 133 constitucionales, acorde a las cuales la observancia de la supremacía constitucional es ineludible.

DAS BEWEISMAß IM ZIVILPROZEß

Karl Heinz Schwab

Diese Ausführungen behandeln ein Thema, das in der deutschen Prozeßrechtswissenschaft gerade in jüngerer Zeit eine besondere Aktualität gewonnen hat, nämlich dar Beweismaß im Zivilprozeß.

§ 286 I ZPO bestimmt, daß das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei. Unbestrittenermaßen enthält diese Vorschrift eine Anweisung für die Art der Beweiswürdigung. Sie befreit nämlich den Richter von Beweisregeln, was in § 286 II noch ausdrücklich gesagt wird, und überläßt die Würdigung der Beweise der freien Überzeugung des Richters.

Nicht unbestritten ist dagegen in der heutigen deutschen Prozeßrechtslehre, ob § 286 I ZPO auch ein Kriterium dafür enthält, wann ein Beweis erbracht ist. Damit aber ist die Frage des Beweismaßes oder des Beweisquantums angesprochen. Lange Zeit hindurch war diese Frage kaum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen gewesen.

Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte, insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, läßt eine dogmatisch fundierte Auseinandersetzung mit dieser Frage vermissen. So fehlt es oft in der Rechtsprechung an einer Klärung der Begriffe, die in der Beweismaßfrage eine Rolle spielen, nämlich der Begriff der Wahrscheinlichkeit, der Wahrheit und der Überzeugung. Die Rechtsprechung geht zwar davon aus, daß das Beweiskriterium in der Überzeugung des Richters liege. Sie versucht aber andereseits, durch Aufstellen objektiver Beweismaßstäbe eine rein subjektive Beweismaßbestimmung zu modifizieren. Dafür werden dann Formulierungen wie "an Gewßheit grenzende Wahrscheinlichkeit" oder "für das praktische Leben brauchbare Gewißheit" verwendet. Durch solche Formulierungen wird in zahlreichen Entscheidungen nicht

nur das Merkmal der Überzeugung in den Heintergrund gedräng, sondern auch die Feststellung der Wahrheit relativiert.[1]

In der Literatur findet das Beweismaßproblem in jüngerer Zeit zunehmende Beachtung.[2] Während sich das ältere Schrifttum darauf beschränkte, die Rechtsprechung wiederzugeben, wird im neueren Schrifttum vor allem der Wahrscheinlichkeitsbegriff in den Vordergrund gestellt und untersucht.

I. Objektive Beweismaßlehren

In der heutigen Literatur lassen sich objektive und subjektive Beweismaßlehren unterscheiden. Im folgenden sollen zunächst die objektiven Beweismaßlehren behandelt werden.

1. *Die Vertreter der objektiven Beweismaßlehren und ihre Theorien*

Von der Mitte der 60er Jahre an zeichnet sich in der Literatur eine Strömung ab, die allein auf die objektive Wahrscheinlichkeit abstellt. Diese Strömung geht auf das schwedische Überwiegensprinzip zurück, das durch Arbeiten von *Bolding*[3] und *Ekelöf*[4] auch in der internationalen wissenschaftlichen Literatur bekannt geworden ist. Diese schwedische Lehre sieht die Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung nich darin, zu einer Überzeugung von der Wahrheit zu führen, sondern fordert vom Richter eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, mit der er das Vorliegen der tatsächlichen Fakten zu beurteilen hat. *Bolding* hält das Merkmal der Überzeugung des Richters als Beweiskriterium sogar ausdrücklich für nicht erwünscht.[5]

[1] Vgl. zur Rechtsprechung der deutschen Gerichte in Zivilsachen *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 68 ff.

[2] Folgende Monographien über dieses Thema sind hier zu nennen: *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Greger*, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978; *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 1983; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985; *Maassen*, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975; *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983, *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984; *Prütting*, Gegenwartsproblem der Beweislast, 1983; *ders.*; Grundprobleme des Beweisrechts, JA 1985, 313; *Schreiber*, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß, 1968; *Walter*, Freie Beweiswürdigung, 1979.

[3] Aspects of the burden of proof, Scandinavians Studies in Law, 1960, 11.

[4] ZZP 75, 289 und Scandinavian Studies in Law, 1964, 45.

[5] *Bolding*, in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaugklärung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 1966, S. 57.

Eine dem schwedischen Überwiegensprinzip im Ergebnis ähnliche Theorie wird auch im angloamerikanischen Rechtskreis vertreten. Nach gefestigter Rechtsprechung wird dort für den Beweis im Zivilprozeß grundsätzlich nur "preponderance of probability" gefordert. Ein der richterlichen Überzeugung vergleichbares subjektives Moment tritt in den Hintergrund.[6] Ein anderes Beweismaß verlangt das angloamerikanische Recht allerdings im Strafprozeß. Hier muß der Richter so weit überzeugt sein, als fühle er sich sicher (so as to feel sure).

Auch im deutschen Schrifttum haben die skandinavische und die angloamerikanische Lehre Anklang gefunden. Als erster hat wohl *Kegel* in der Festschrift für *Kronstein* (1967) [7] unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das angloamerikanische Zivilprozeßrecht dafür plädiert, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit im Zivilprozeß ausreichend sein zu lassen. Auch *Rudolf Bruns*[8] sah in der schwedischen Überwiegenslehre den.

Vorteil, daß eine Beweistheorie, die auf Wahrscheinlichkeit abstelle, eine sachliche Diskussion der Beweiswüurdigung ermögliche; über eine Überzeugung könne dagegen nicht gestritten werden. Den umfassendsten Versuch einer rein objektiven Beweistheorie stellt für den deutschen Bereich das Buch von *Maasen* dar,[9] in dem, wie bei *Kegl,* vom angloamerikanischen Beweismaßverständnis ausgegangen wird und die objektive Beweismaßlehre auch für den deutschen Zivilprozeß vertreten wird. An dieser Stelle wäre auch das Buch von *Motsch* zu nennen, dessen Auffassung vom Beweismaß wohl auch als objektive Beweismaßlehre eingestuft werden kann.[10]

All den genannten Theorien sind, wenn sie sich auch in Einzelheiten unterscheiden, doch folgende Merkmale gemeinsam: Sie alle fordern, daß die Wahrscheinlichkeit zur Feststellung bestrittener Tatsachenbehauptungen ausreichen müsse. Welcher Grad der Wahrscheinlichkeit für die Beweisführung verlangt wird, wird allerdings von den einzelnen Autoren unterschiedlich beantwortet. In der Regel verlangt man überwiegende Wahrscheinlichkeit, von manchen wird jedoch eine hohe Wahrscheinlichkeit gefordert. Zur Feststellung dieser Wahrscheinlichkeit bedienen sich alle Autoren einer mehr oder weniger kal-

[6] Vgl., dazu die Nachweise bei *Maassen,* aaO, S. 39 ff.; ferner *Schwering,* System der Beweislast im englisch-amerikanischen Zivilprozeß, 1969, S. 79 ff.; *Greger,* aaO, S. 97.

[7] AaO, S. 321 ff.; 335, 343 f.

[8] Zivilprozeßrecht, 1. Aufl., S. 275 f.

[9] Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975.

[10] Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983.

kulatorischen Methode, deren Ursprung sogleich näher beschrieben werden soll. Alle fordern schließlich auch, daß die richterliche Überzeugung zurückgedrängt werden müsse und daß der Richter an die Feststellung der objektiven Wahrscheinlichkeit bei seiner Tatsachenfeststellung gebunden sei.

2. *Methoden der objektiven Beweismaßlehren und Kritik*

Die Vertreter der objektiven Beweismaßlehren bedienen sich für die Feststellung der Wahrscheinlichkeit im Grunde einer Berechnungsmethode, die auf den mathematisch-statistischen Wahrscheinlichkeitsbeweis zurüchzuführen ist. Am Beispiel des Würfelspiels läßt sich diese statistische Wahrscheinlichkeitslehre am besten erklären. Beim Würfeln mit einem Würfel, der sechs Zahlen enthält, stellt sich bei etwa 6000 Würfen heraus, daß jede Zahl gleich oft vorkommt. Die sogenannte relative Häufigkeit für das Würfeln einer bestimmten Zahl beträgt daher ein Sechstel. Die Zahl 6000 aber bildet in der mathematisch-statistischen Ausdrucksweise den Grenzwert oder Limes, bei dessen Erreichen eine solche relative Häufigkeit mit Genauigkeit festgestelt werden kann.[11] Wahrscheinlichkeitsrechnungen dieser Art sind vor allem in der Lebensversicherung von Bedeutung, wenn die Lebenserwartungen von Menschen bestimmter Altersgruppen statistisch ermittel werden.

Im Zivilprozeß kommt es aber immer auf den Einzelfall an. Selbst dann, wenn ein bestimmter Sachverhalt sich häufig ereignet, wird es kaum möglich sein, daß sich ein mathematisch-statistischer Grenzwert (Limes) ermitteln läßt. Der Richter hat es nicht mit beliebig wiederholbaren Vorgängen zu tun, sondern mit Fällen, bei denen jeder seine Eigenart hat.

Das gilt selbst dann, wenn z. B. zum Zweck der Kapitalisierung einer Rente oder eines Unterhaltsanspruchs die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten zu ermitteln ist. Zwar bestehen für solche Fälle Lebenserwartungsstatistiken; neben ihnen müssen aber immer die besonderen Merkmale des Einzelfalls (Gesundheitszustand, gefährliche oder ungesunde Lebensweise, Krankheit usw.) berücksichtigt werden.

Auch in Vaterschaftsprozessen, bei denen in serologischen Gutachten die mögliche Abstammung von einem bestimmten Mann mit Prozentzahlen ausgedrückt zu werden pflegt, müssen schwerwiegende Zweifel auch bei ganz hohen Prozentzahlen Berücksichtigung finden.

[11] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 40 ff.

So hat der Bundesgerichtshof auch bei serologischen Ergebnissen von 98% immer noch die Möglichkeit berücksichtigt, daß auch ein anderer als der Beklagte Vater sein könne.[12]

Fälle wie die eben genannten, in denen bestimmte Sachverhaltselemente in häufig wiederholbaren Fällen wiederkehren, sind aber ohnehin die Ausnahme. Die Regel bilden individuell gestaltete Sachverhalte, bei denen die bestrittenen Sachverhaltsmerkmale nicht in beliebiger Weise wiederholbar sind.

Diesen Umstand müssen natürlich auch die Vertreter einer objektiven Beweismaßtheorie anerkennen und ihm Rechnung tragen. Trotzdem halten sie grundsätzlich an ihrer Meinung fest, indem sie eine "grobe Berechnung" oder eine "Schätzung" für ausreichend halten.[13] Sie verweisen darauf, daß auch eine solche Wahrscheinlichkeitskalkulation dieselbe Struktur wie die mathematisch-statistische Wahrscheinlichkeitsrechnung habe.

Dies ist jedoch unzutreffend. Bei einer mathematischen Wahrscheinlichkeitsrechnung muß jeder, der die Regeln kennt, zu demselben Ergebnis kommen. Bei einer groben Berechnung oder Schätzung ist es jedoch nicht der Fall. Sie trägt erhebliche Unsicherheit in den Prozeß und muß sich Tauch die Frage stellen lassen, worin dann noch der Unterschied zursubjektiven Beweismaßlehre liegen soll. Die Mittel der groben Berechnung oder Schätzung führen zwangsläufig dazu, daß auch subjektive Elemente in die Beweiswürdigung hineingetragen werden.

3. *Rechtliche Bedenken*

Außer diesen Bedenken gegen die Methoden der objektiven Wahrscheinlichkeitslehren gibt es aber auch rechtliche Bedenken gegen sie.

a) Erhebliche Bedenken gegen die objektive Beweismaßlehre ergeben sich shon aus dem Wortlaut des § 286 I ZPO.[14] Danach hat der Richter nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für "wahr" oder "nicht wahr" zu erachten sei. Diese Vorschrift kann man nicht mit dem Argument umgehen, absolute Wahrheit könne ja der Richter nicht feststellen. Deswegen könne auch der Wortlaut nicht entscheidend sein. Eine Behauptung für wahr zu erachten, d.h., ein Urteil über die Übereinstimmung von Tatsachenbe-

[12] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 52.
[13] Vgl. dazu *Maassen*, aaO, S. 5 ff.
[14] Vgl. dazu *Prütting*, JA 1985, 316.

hauptung und Wirklichkeit abzugeben, ist dem Richter durchaus möglich.[15] Ob er die Wahrheit freilich in allen Fällen erkennen kann, ist eine andere Frage, die jedoch die grundsätzliche Möglichkeit der Erkenntnis der Wahrheit nicht in Frage stellt.

b) Nach der in der Bundesrepublik Deutschland überwiegend vertretenen Beweislastregelung ist der Fall, daß ein Tatbestandsmerkmal nicht voll (d.h. zur Überzeugung des Gerichts vom Bestehen des Tatbestandsmerkmals) bewiesen werden kann, ebenso aufgrund einer Beweislastnorm zu entscheiden wie der Fall, in dem der Sachverhalt völlig unbewiesen bleibt. Die Vertreter der objektiven Beweismaßtheorien meinen, es sei unrichtig, bei hoher, aber nicht zur Überzeugung führender Wahrscheinlichkeit zu Lasten der beweisbelasteten Partei zu entscheiden. Hier müsse die überwiegende Wahrscheinlichkeit die "non liquet" Situation ausschließen. Für eine Entscheidung nach der Beweislast sei nur Raum, wo sich kein Übergewicht ergebe, also nur bei Wahrscheinlichkeiten von 50 zu 50%, nicht aber, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades, also etwa von 60, 70 oder 80% bestehe.[16]

Diese Überlegungen berücksichtigen m. E. nicht die differenzierte Struktur unseres Beweislastsystems. Durch die Ausgestaltung der Normen als rechtsbegründende, rechtsvernichtende und rechtshindernde bzw. rechtshemmende Normen hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, wem das Risiko der Beweislosigkeit am ehesten zuzumuten ist.[17] Kann der Kläger nämlich die Voraussetzungen der rechtsbegründenden Normen nicht voll (d.h. zur Überzeugung des Gerichts vom Bestehen dieser Voraussetzungen) beweisen, so wird seine Klage zu Recht abgewiesen, weil er sich in die Rolle des Angreifers begeben hat.

Dies muß selbst dann gelten, wenn eine gewisse oder vielleicht sogar eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für seine Behauptungen spricht. Die Beweislast zuungunsten des Angreifers stellt, wie *Leipold* schreibt, einen Schutz des Besitzstandes im weitesten Sinne dar.[18] Kann umgekehrt der Beklagte die Voraussetzungen der rechtsvernichtenden order rechtshindernden bzw. rechtshemmenden Einreden nicht beweisen, so muß er verurteilt werden, weil er sich bezüglich dieser Einreden in

[15] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 104.
[16] Vgl. dazu *Maassen*, aaO, S. 8-11 und *Motsch*, aaO, S. 34.
[17] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 107.
[18] Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 48; vgl. ferner Prütting JA 1985, 316 und 319.

einer der Rolle des Klägers vergleichbaren Stellung befindet. Diese Beweislastregelung stellt also eine Interessenabwägung dar, die besser geeignet ist, den Interessen von Klägemund Beklagten gerecht zu werden, als eine auf Wahrscheinlichkeiten aufbauende Beweismaßtheorie.

c) Schließlich stehen auch erheblich materiell-rechtliche Bedenken den objektiven Beweismaßtheorien entgegen. Über die Existenz von Ansprüchen entscheidet das materielle Recht. Das Beweisrecht hat nur die Aufgabe, der Durchsetzung des materiellen Rechts zu dienen, indem es die Sachverhaltsfeststellung ermöglicht. Es darf aber nicht Ansprüche begründen, die nach materiellem Recht möglicherweise nicht gegeben sind. Dies aber könnte geschehen, wenn nur überwiegende, oder auch hohe Wahrscheinlichkeit als Beweiskriterium angesehen würde. Damit würde es dem Richter gestattet, einen Beklagten schon aufgrund von Wahrscheinlichkeit zu verurteilen, obgleich das materielle Recht das Vorhandensein der Voraussetzungen der entsprechenden Norm verlangt. Dies aber könnte zu einer Ausdehnung der Haftung in großem Umfang führen.[19]

Zusammenfassend können wir die bisherigen Überlegungen mit der Feststellung schließen, daß die objektiven Beweismaßtheorien, wenn sie auch shon überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismaß ausreichen lassen wollen, mit dem geltenden Recht schwerlich vereinbar sind.

II. Die subjektiven Beweismaßtheorien

Da sich die reinen objektiven Beweismaßlehren als praktisch undurchführbar erwiesen haben, bleibt wohl keine andere Möglichkeit, als ein subjektives Merkmal zum Beweiskriterium zu erheben. Dies trägt auch der Tatsache Rechnung, daß dort, wo Menschen entscheiden, nicht anders als subjektiv entschieden werden kann. Wie aber muß dieses subjektive Merkmal definiert werden und worauf bezieht es sich?

1. *Die Überzeugung als Beweiskriterium*

Subjektive Merkmale, die als Kriterium für die Sachverhaltsfeststellung in Betracht kommen könnten, sind z. B. "Verdacht", "Vermutung", "Glauben", "Überzeugung" und "Gewißheit". Von ihnen ist wohl die Überzeugung das einzig vertretbare Kriterium, weil sie am

[19] Vgl. dazu *Arens*, ZZP 88, 32; *Greger*, aaO, S. 112.

ehesten der Übereinstimmung von Tatsachenfeststellung und Wirklichkeit gerecht wird. Noch besser würde freilich die Gewißheit die Richtigkeit der Feststellung des Sachverhalts gewährleisten, denn sie bedeutet absolute Unbezweifelbarkeit. *Kant* hat in der Kritik der reinen Vernunft (S. 551) Überzeugung und Gewißheit einander gegenübergestellt und den Unterschied wie folgt definiert:

"Die subjektive Zulänglichkeit (des Fürwahrhaltens) heißt Überzeugung (für mich selbst), die objektive (ergänze: Zulänglichkeit heißt) Gewißheit (für jedermann)".[20]

Da objektive Gewißheit kaum zu erreichen ist, muß sie außer Betracht bleiben. Alle Stufen unterhalb der Überzeugung, wie Verdacht oder Vermutung oder Glauben, können aber keine Berücksichtigung finden, da sie die Feststellung des Sachverhalts durch den Richter nicht mit der nötigen Sicherheit gewährleisten würden.

Was ist nun aber unter "Überzeugung" zu verstehen?

Bei der Überzeugung handelt es sich um einen psychischen Zustand des Menschen. Von ihr muß verlangt werden, daß sie auf objektiven Gründen beruht, die anderen Menschen mitgeteilt und von ihnen überprüft werden können.

Die Schlüsse, die aus diesen objektiven Gründen gezogen werden, dürfen auch nicht gegen die Gesetze der Logik, gegen Erfahrungswissen oder gegen Naturgesetze verstoßen. Eine Auffassung, die auf einer Verletzung von Denkgesetzen beruht, könnte gewiß nicht als Überzeugung angesehen werden. Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß die Meinungen, nach welchen die Überzeugung als ein zu unbestimmtes Beweiskriterium angesehen wird, nicht als zutreffend anerkannt werden können. Schließlich gehört zur Überzeugung aber auch noch die Überwindung von Zweifeln. Dabei handelt es sich nach der Definition von *Greger*[21] um einen psychischen Vorgang, der vom Willen des Richters angetrieben wird und unter Abwägung des festgestellten Sachverhalts und der bestehenden Zweifel zu einem Punkt geführt wird, an dem sich mit innerer Notwendigkeit ein Gefühl der Widerspruchslosigkeit einstellt.

2. *Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkte der Überzeugung?*

Mit dem Begriff der Überzeugung ist allerdings das Kriterium für

[20] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 15 ff. und S. 21.
[21] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 19.

die richterliche Sachverhaltsfeststellung noch nicht ausreichend umschrieben. Zwei Bezugspunkte bieten sich hier an: die Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung oder ire Wahrscheinlichkeit.

a) In der deutschen Rechtsprechung und Literatur wird im bemerkenswerten Umfang die Meinung vertreten, Bezugspunkt der Überzeugung könner nur die Wahrscheinlichkeit einer Tatsachenbeurteilung sein. So schreibt etwa *Musielak*, jeder Beweis sei ein Wahrscheinlichkeitsbeweis. Deswegen könne die richterliche Überzeugung nur auf die Wahrscheinlichkeit bezogen werder.[22] Dabei meint *Musielak* die überwiegende Wahrscheinlichkeit. In dieser Auffassung ist ihm sein Schüler *Huber*[23] grundsätzlich gefolgt, wobei er allerdings dazu neigt, die nur hohe Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt der Überzeugung anzuerkennen. Auch die Ausführungen von *Leipold* in seinem Vortrag vor der Berliner Juristischen Gesellschaft über Beweislast im Zivilprozeß[24] müssen wohl in dem Sinne verstanden werden, daß die Überzeugung sich auf die Wahrscheinlichkeit beziehe.

Alle rechtlichen Gründe, die oben gegen die objektiven Beweismaßtheorien und gegen die Verwendung des Wahrscheinlichkeitsbegriffes angeführt wurden, sprechen aber auch gegen diese objektivierenden Theorien. Nach dem Wortlaut des § 286 I ZPO, der Regelung der Beweislast im deutschen Zivilprozeßrecht und der materiell-rechtlichen Voraussetzung der Anwendung von Normen muß der Begriff der Wahrscheinlichkeit als Bezugspunkt der Überzeugung ausgeschlossen werden.

b) Die Überzeugung muß sich auf die Wahrheit einer Tatsachenbehauptung beziehen. Wann aber kann eine bestrittene Tatsachenbehauptung als wahr beurteil werden?

Wahr ist eine Tatsachenbehauptung, wenn die Aussage mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Von dieser Übereinstimmung muß der Richter überzeugt sein, wenn der Beweis erbracht sein soll.

Dieses klare Beweismaßkonzept, nämlich die Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung, hat der Bundesgerichtshof im Jahre 1970 in dem aufsehenerregenden Verfahren um die Identität der angeblichen Zarentochter Anastasia[25] nachhaltig vertreten. Er hat es der Meinung der Revision entgegengehalten, die dafür eintrat, das

[22] Vgl. dazu *Musielak*, aaO, S. 119; *Musielak/Stadler*, aaO, Rdnrn. 145, 149.
[23] Vgl. dazu *Huber*, aaO.
[24] Vgl. dazu *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985.
[25] BGH 53, 245.

Gericht müsse sich mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen. Wörtlich heißt es in dieser Entscheidung des BGH (S. 255):

> Der Revision ist zuzugeben, daß ein Gericht keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen darf und daß es keine unumstößliche Gewißheit bei der Prüfung verlangen darf, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Irrig ist jedoch der Vortrag, der Zivilprozeßrichter dürfe sich in Fällen dieser Art mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen. Denn nach § 286 ZPO muß der Richter aufgrund der Beweisaufnahme entscheiden, ob er eine Behauptung für wahr oder nicht wahr hält, er darf sich also gerade nicht mit einer bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen.

Leider hat der Bundesgerichtshof diese klare Stellungnahme in späteren Entscheidungen wieder verlassen. Die vorstehenden Ausführungen sollten aber gezeigt haben, daß als Kriterium für die richterliche Sachverhaltsfeststellung nur die Überzeugung von der Wahrheit in Frage kommt.

III. Beweiserleichterungen

Unsere Darlegungen wären aber unvollkommen, wenn wir nicht auch berücksichtigen würden, daß Beweiserleichterungen, also Erleichterungen im Hinblick auf die Anforderung des Beweismaßes, im deutschen Prozeßrecht anerkannt werden. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen nach Rechtsprechung und Literatur die volle Überzeugung von der Wahrheit als Beweismaß nicht verlangt werden kann. Im folgenden sollen nur zwei Gruppen von Fällen angesprochen werden, wobei betont werden muß, daß sie nicht die einzigen Fälle von Beweiserleichtungen sind.

1. *Die Schadensschätzung nach § 287 ZPO*

§ 287 bestimmt folgendes: "Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung."

Ausgangspunkt eines Schadensersatzprozesses ist immer die Behauptung des Klägers, er habe einen Schaden erlitten. Ob der Beklagte eine rechtswidrige Handlung begangen hat oder nicht, ist für den Zivilprozeß nur interessant, wenn diese Handlung zu einem Schaden

geführt hat. Dabei muß unter dem Begriff des Schadens zweierlei verstanden werden: Die durch Schädigung hervorgerufene Beeinträchtigung eines Rechtsgutes (z.B. die Verletzung des Körpers, die Beschädigung einer Sache) und die Auswirkungen dieser Beeinträchtigung auf den Vermögensstand. Die letzteren bestehen in der Differenz zwischen dem jetzigen Wert des Vermögens und dem Wert, der ohne die Schädigung bestehen würde. Der Schaden im Sinne dieser Differenzrechnung ist maßgeblich für die Bemessung des zu leistenden Schadensersatzes; dagegen ist die Beeinträchtigung des Rechts oder Rechtsguts Voraussetzung der Haftung überhaupt.

Folgendes Beispiel möge dies erläutern: Hat z. B. der Kläger durch einen Verkehrsunfall eine Körperverletzung erlitten, so ist diese Verletzung Voraussetzung der Haftung. Der aus der Körperverletzung entstandene Vermögensschaden, der z. B. in der Behinderung bei der Ausübung des Berufes stehen kann, ist dagegen aufgrund der Differenzrechnung zu ermitteln.

Der Begriff "Schaden" sollte deshalb nur für die Vermögensdifferenz verwendet werden. Für die Beeinträchtigung des Rechtsguts bietet sich dagegen der Begriff der "Schädigung" an.

Diese grundsätzliche Unterscheidung zwischen "Shädigung" und "Schaden" ist nun auch beweisrechtlich von großer Bedeutung. Der Beweis des Schadens im Sinne der Differenzlehre ist deswegen problematisch, weil der Vermögensstand, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, in Wahrheit nicht existiert. Ein hypothetischer Zustand kann aber im juristischen Sinne nicht bewiesen werden.[26] Zu Recht hat daher die höchstrichterliche Rechtsprechung in die bürgerlichrechtliche Schadensersatznorm des § 249 BGB die Worte "nach aller Wahrscheinlichkeit" hineingelesen. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat demnach den Zustand herzustellen, der nach aller Wahrscheinlichkeit bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Diesem Sachverhalt trägt nun auch § 287 ZPO Rechnung. Er gestattet es dem Gericht, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist oder nicht. Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung wird hier also nicht verlangt. Aus der Entstehungsgeschichte zur ZPO ergibt sich auch, daß die Schadensfeststellung nach § 287 in Wahrheit eine Ermessensentscheidung oder eine Schätzung darstellt.[27]

[26] *Rosenberg-Schwab*, 13. Aufl., § 115 I.

[27] Vgl. dazu *Greger*, aaO, S. 129; *Rosenberg-Schwab*, 13. Aufl., § 115 II.

Auf die Feststellung, daß die "Schädigung" eingetreten ist, bezieht sich aber § 287 ZPO nicht. Die Tatsachen, die die Schädigung begründen, müssen zur Überzeugung des Gerichts nach § 286 ZPO bewiesen werden. Es ist bemerkenswert, daß diese Auslegung des § 287 ZPO auch mit der Regelung des österreichischen Zivilprozeßrechts übereinstimmt, wo es in § 273 ausdrücklich heißt:

> Wenn feststeht, daß eine Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt..., so kann das Gericht diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.

2. *Problematische Fälle des Kausalitätsbeweises*

Weitere Fälle sogenannter Beweiserleichterung finden sich in schwierigen Fällen des Nachweises der Kausalität im Schadensersatzprozeß. Ein solcher Nachweis ist erforderlich, wenn die rechtswidrige Handlung des Beklagten festgestellt ist, aber noch unklar bleibt, ob der Schaden auch durch diese Handlung verursacht worden ist. In einfach gelagerten Fällen der Kausalität bereitet diese Feststellung natürlich keine Probleme. Schwierigkeiten tauchen aber z. B. dann auf, wenn die rechtswidrige Handlung in einem Unterlassen besteht.

Beispiel: In einem Unternehmen hat sich ein Unfall ereignet. Der Unternehmer hat in seinem Betrieb bestimmte Unfallverhütungsmaßnahmen unterlassen. Der verletzte Arbeitnehmer klagt nun gegen den Unternehmer auf Schadensersatz. Dieser aber wendet ein, der Unfall hätte sich auch bei Durchführung der vorgeschriebenen Maßnahmen ereignet. In diesem Fall bereitet die Feststellung, daß die Unterlassung von Unfallverhütungsmaßnahmen kausal für den Unfall war, große Schwierigkeiten.

Solche Schwierigkeiten tauchen auch in Fällen auf, in denen die Kausalität von ärztlichen Kunstfehlern für Gesundheitsschädigungen in Frage steht.

Zur Feststellung der Kausalität bedarf es in den genannten Fällen bestimmter Hypothesen, die die Wahrheitsfindung erschweren. Aus diesem Grunde haben Rechtsprechung und Literatur in der Bundesrepublik Deutschland versucht, in Fällen dieser Art zu einer Reduzierung des Beweismaßes zu gelangen. Allerdings sind die Wege, die hierbei eingeschlagen werden, sehr verschiedenartige. Sie reichen von einer Beweismaßreduzierung auf den Grad überwiegender Wahrscheinlichkeit über die Annahme eines Anscheinsbeweises bis zur Be-

weislastumkehr. Es wird auch die Auffassung vertreten, daß das materielle Recht in solchen Fällen eine Haftungserleichterung vorschreibe oder zumindest die materiellrechtlichen Vorschriften in diesem Sinne ausgelegt werden müßten.[28] Diese Auffassungen können im einzelnen hier nicht untersucht werden. Allgemein muß jedoch festgestellt werden, daß die Rechtsprechung bestrebt ist, in solchen Ausnahmefällen dem Kläger den Beweis der Kausalität zu erleichtern.

IV. Zusammenfassung

Die eben behandelten Beweiserleichterungen sind nur Ausnahmen, die die grundsätzliche Regel des Beweismaßes nicht erschüttern. Diese Regel aber lautet:

> Nur wenn der Richter von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist, ist der Beweis erbracht.

Der Wahrscheinlichkeitsbegriff, der so viel Unsicherheit in die Lehre vom Beweismaß gebracht hat, sollte in diesem Bereich nicht mehr verwendet werden.

Aber nicht nur die Feststellung des Beweismaßes, sondern auch die Beweislastverteilung darf nicht von der Wahrscheinlichkeit abhängig sein. Sie stellt eine Risikoverteilung dar, die aufgrund der Rechtsnormen abstrakt feststeht und vom Beweisergebnis unabhängig ist.

Nur wenn Beweismaß und Beweislast in genereller Weise bestimmt sind, gewinnt das Beweisrecht die Sicherheit und Voraussehbarkeit, die ein rechtsstaatliches Verfahren erfordert.

[28] Vgl. dazu *Greger*, aaO. S. 126 ff.

UN PROYECTO PARA GARANTIZAR EL ACCESO A LA JUSTICIA

Diego VALADÉS

Uno de los problemas fundamentales que se plantea dentro de cualquier sistema democrático es garantizar a los ciudadanos el acceso oportuno y eficaz a la justicia. La concepción tradicional de la separación de poderes encuadraba al Poder Judicial, y al sector del Ejecutivo vinculado con el Judicial, dentro de una perspectiva estática por lo que hacía a las relaciones con el gobernado. En rigor, hoy se sabe que el fenómeno del control del poder es bastante más complejo que el apuntado por la vieja teoría de Montesquieu y que el proceso de participación democrática de los individuos en la vida societaria trasciende a la simple intervención para designar a los titulares de los órganos representativos.

Por lo que hace a los mecanismos de control del poder, además de los que representan una relación de pesos y balances, el Estado moderno permite incluir otros grandes factores, como son los sistemas federales y las organizaciones regionales, el desarrollo del municipalismo, los partidos políticos, los medios de comunicación masiva, las organizaciones profesionales, sindicales y económicas y, por supuesto, los propios ciudadanos individualmente considerados.

En un estadio reciente de la evolución institucional, además de los aspectos que atienden al funcionamiento político de las instituciones, se ha incorporado, como capítulo fundamental del Estado de derecho, la posibilidad de que los individuos disfruten de una garantía plena para acceder a las instancias de la justicia. Por eso se transita de una concepción restringida de la participación ciudadana en la sociedad, a otra que resulta integradora de todos los aspectos de la vida del individuo en sociedad.

En el caso particular de México, los procesos reformadores de Constitución y leyes orientados hacia una mayor tutela para el ciudadano, en tanto que sujeto interesado en los beneficios de la justicia,

se ha visto acelerado en la etapa más reciente de nuestro desarrollo institucional.

Es evidente que las necesidades sociales advertidas con motivo de la severa crisis económica que hizo erupción en México a partir de 1982, hacen indispensable atender a las nuevas demandas de justicia experimentadas por la sociedad mexicana.

El acceso a la justicia, aun en sociedades tempranamente orientadas en el sentido de un desarrollo democrático, se mantuvo reservado para los pequeños estratos de poder económico y de información cultural. Así como el horizonte de la democracia fue ampliándose como resultado de la expansión educativa y de la mayor capacidad económica de los miembros del Estado, el acceso a la justicia se movilizó en el mismo sentido, aunque con mucha mayor lentitud. En efecto, si la educación social para la participación democrática ha sido tarea de varias generaciones, la educación social para alcanzar el respeto de los derechos propios a través de instancias institucionales ha demandado, y seguirá demandando, esfuerzos aún más prolongados e intensos. Por otra parte, estos esfuerzos sólo podrán fructificar si las instituciones mismas se flexibilizan para garantizar, e incluso para estimular, la participación de los individuos ante los órganos de justicia.

Los procedimientos al acceso de justicia han sido encuadrados por la doctrina en tres rubros distintos: por una parte, se ha considerado a los servicios de asistencia legal a los particulares, y muy especialmente a los de menores recursos; en este sentido, las defensorías de oficio y procuradurías, como la agraria o la del trabajo, han marcado la orientación legislativa mexicana concerniente a esa modalidad del acceso a la justicia. Una segunda forma de garantizar ese acceso está constituido por la protección de los llamados "intereses difusos"; en este ámbito también contamos con un buen ejemplo: la Ley Federal de Protección al Consumidor. El tercer aspecto considerado por la doctrina es el que se refiere a la supresión de formalidades como parte de los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales; es en este ámbito donde se sitúa la mayor parte de las reformas y adiciones legales recientemente auspiciadas por el presidente Miguel de la Madrid.

La importancia de las reformas reside en que reflejan la clara intención de superar la rigidez del sistema jurídico mexicano. Es evidente que los resultados se advertirán tanto por los actos de aplicación de las nuevas normas, cuanto por su irradiación al resto del sistema jurídico mexicano, particularmente al que es propio de las entidades

federativas. Por otra parte, es razonable prever que el proceso evolutivo habrá de significarse en los años venideros, y que nuevas instituciones encaminadas a incorporar al individuo a la vida jurídica del país habrán de establecerse como parte del sistema jurídico nacional.

Entre nosotros pueden apuntarse diversas razones, o sinrazones, que han mantenido al individuo alejado de los órganos de la justicia. Entre estos aspectos pueden mencionarse los siguientes:

1º Desconocimiento de las normas;
2º Experiencias desfavorables, directas o indirectas, en cuanto a las resoluciones de los órganos de justicia;
3º Desconfianza en cuanto a la probidad de los individuos encargados de impartir justicia;
4º Morosidad en la obtención de resultados;
5º Intermediarismo entre los órganos de justicia y los sujetos agraviados;
6º Propensión a las formas autocomposición de los conflictos;
7º Pasividad ante la afectación de los derechos propios por conductas de terceros;
8º Recurrencia a mecanismos de denuncia publicitaria comc sucedáneos de instancias judiciales;
9º Procuración de justicia a través de instancias administrativas, mediante el arbitrio de la influencia, y
10º Desistimiento en procesos ya iniciados por la complejidad de las normas y por la imposibilidad de sobreponerse a rivales que exceden en capacidad técnica procesal o en recursos económicos que permiten mayor resistencia.

Llegados a este punto, podemos entender el acceso a la justicia como la serie de procedimientos que garantizan al individuo mayores y mejores posibilidades de obtener el esclarecimiento de hechos o la reparación de intereses indebidamente afectados, mediante procedimientos simplificados, y con el apoyo de instituciones especializadas. No se puede desconocer que el acceso a la justicia, a la par de constituir una nueva forma de participación societaria del individuo, significa también el fortalecimiento de los órganos judiciales del poder. Así, por la vía de involucrar más íntimamente a cada individuo en la vida de su comunidad, y por la de fortalecer la capacidad de acción y la imagen social de los órganos del poder vinculados con los procesos de justicia, también se fortalece el sistema político de la democracia.

Otro efecto colateral de un mayor acceso a la justicia es el fortalecimiento de tendencias hacia la organización y la descentralización sociales; elementos, éstos, esenciales para un sistema democrático. No cabe duda que el derecho tiene, además de una función eminente en el ámbito de las transformaciones sociales, un papel fundamental en la vida comunitaria por sus efectos pacificadores. Nada resulta más irritante paar los individuos y para las colectividades que la imposibilidad de hacer valer sus derechos mediante el derecho mismo. De ahí que se pueda afirmar que se llega al bienestar social a través del bienestar legal.

De acuerdo con todo lo anterior, e inspirados en la estimulante, admirable y ejemplar tarea pesquisidora y educativa del maestro Héctor Fix-Zamudio, presento a continuación lo que pueden considerarse como las bases para una procuraduría del ciudadano en México.

Bases para la Procuraduría del Ciudadano

I. *Objetivos*

1. La presencia de un organismo que ayude a la administración a encontrar sus propios errores puede representar un importante apoyo para su modernización.

2. Mecanismos análogos al que se propone tienen en la actualidad una amplia aceptación en muy diversos países, por constituir la forma más generalizada, expedita y económica para la reparación de agravios por parte de la administración.

3. Normalmente, los asuntos de poca monta generan inconformidad en el ciudadano y no son lo suficientemente importante para llevarlos a movilizar los mecanismos de orden jurisdiccional adecuados para la corrección del agravio.

4. Los antecedentes más directos que se tienen en México de un organismo como el que se propone, son: la Oficina de Quejas de la Presidencia de la República, las Unidades de Orientación, Información y Quejas y la Procuraduría del Consumidor.

5. La acción de la Procuraduría permitirá reconocer los lugares de la administración donde se procede con faltas de honestidad.

6. La considerable expansión de la administración pública hace necesaria la presencia de mecanismos informales y dinámicos para atender las demandas de los ciudadanos.

7. El mecanismo que represente la Procuraduría del Ciudadano per-

mitirá superar los sentimientos de antagonismo hacia la administración, las inhibiciones para actuar ante ella y la propensión a la "compra de favores". Se ofrecería al ciudadano un instrumento a su servicio dentro de la propia administración.

8. La Procuraduría del Ciudadano será un organismo de mediación conciliatoria entre la administración y el ciudadano. No se le podrá considerar ni un gestor del ciudadano ante la administración ni un fiscal de la administración.

9. La diferencia fundamental entre la Procuraduría del Ciudadano y las instancias de justicia administrativa residen en la informalidad, economía y rapidez de la primera, y la formalidad, onerosidad (fundamentalmente por honorarios a los abogados) y lentitud de la segunda.

10. La Procuraduría del Ciudadano no es una instancia previa ni excluyente de la vía jurisdiccional ni del recurso administrativo.

II. *Estructura*

1. La Procuraduría del Ciudadano será un organismo descentralizado del Estado.

2. Requisitos para ser procurador:

1º Ser ciudadano mexicano;
2º Ser experto en derecho;
3º Tener una experiencia mínima de 5 años en el ejercicio de la profesión;
4º Ser reconocido como persona honorable, y
5º Ser mayor de 35 años y menor de 70.

3. El Procurador será designado por el Presidente de la República y a su vez nombrará al personal técnico y administrativo necesario para cumplir con las funciones que se le asignen al organismo.

4. Los cargos desempeñados por los funcionarios y peritos de la Procuraduría serán incompatibles con cualquiera otra función federal, estatal o municipal, de elección o designación.

5. El personal de la Procuraduría regirá sus relaciones laborales en los términos del apartado *B* del artículo 123 constitucional y de su ley reglamentaria.

III. *Funciones*

1. La Procuraduría del Ciudadano tendrá por objeto:

1º Ejercer una función conciliatoria;
2º Realizar una tarea de supervisión acerca de la idoneidad de los procedimientos administrativos;
3º Generar formas de participación del ciudadano para la solución de los asuntos que le afecten;
4º Presentar informes que permitan reforzar la conciencia de participación ciudadana;
5º Formular sugerencias que permitan mejorar la calidad y condición de los servicios públicos.

2. Serán objeto de investigación los actos administrativos que afecten a un ciudadano o que se consideren inconvenientes por:

1º Ser contrarios a derecho;
2º No ser razonables;
3º Ser abusivos:
4º Basarse en información equivocada;
5º Carecer de fundamento;
6º Ser ejecutados de manera insuficiente.

3. Los particulares podrán presentar queja ante la Procuraduría cuando desconozcan la razón de las decisiones que les afectan, se les haya negado el derecho de recurrir o se haya demorado la respuesta a una petición.

4. Los ciudadanos podrán hacer del conocimiento de la Procuraduría actos de la administración que se consideren irregulares, aun cuando ellos no tengan interés directo en los mismos.

5. En el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría actuará con diligencia y discresión.

6. Las características fundamentales de la Procuraduría deberán ser la informalidad, gratuidad y rapidez del trámite.

7. Los ciudadanos que presenten sus quejas ante la Procuraduría no requerirán de la intervención de abogados.

8. La Procuraduría conocerá las quejas que se presenten; sin formalidad alguna, por personas físicas o morales.

9. La Procuraduría podrá realizar investigaciones sin que medie queja alguna.

10. Se exceptuarán de la investigación por parte de la Procuraduría:

1º Los actos de carácter político.
2º Los actos relacionados con las disposiciones sobre población.
3º Los actos relacionados con la seguridad del Estado.
4º Los asuntos que se encuentren sujetos a trámite ante un órgano jurisdiccional.
5º Las quejas que se presenten de mala fe, carezcan de fundamento o representen perjuicio para el derecho de terceros.
6º Las quejas que presenten miembros de la administración con relación a las dependencias en las que prestan sus servicios si se trata de cuestiones concernientes a la relación de trabajo.
7º Las quejas triviales, frívolas o vejatorias.
8º Los actos de carácter internacional.
9º Los actos del jefe del Ejecutivo.
10º Los actos de que haya conocido el ciudadano un año antes.

11. En los asuntos que no sean admitidos para trámite, la Procuraduría explicará las causas al quejoso.

12. Todas las dependencias de la administración pública federal estarán obligadas a:

1º Facilitar a la Procuraduría el acceso a los documentos que ésta requiera.
2º Rendir los informes que la Procuraduría solicite.

13. Cuando la dependencia o dependencias de la administración pública federal no puedan proporcionar los informes solicitados por la Procuraduría, deberán acreditarlo por escrito y hacer constar las razones.

14. En los casos en que las dependencias de la administración pública federal se nieguen a cumplir con lo solicitado por la Procuraduría, ésta podrá dirigirse al titular de la dependencia señalando la falta de cumplimiento de esa obligación por parte de alguno o algunos de sus subalternos.

15. La Procuraduría tendrá libre acceso a la información, no clasificada como confidencial, de todas las dependencias de la administración pública federal.

16. Las investigaciones a cargo de la Procuraduría podrán realizarse de manera directa por el procurador o por cualquier otro funcionario de la Procuraduría en quien él delegue responsabilidad.

Para aspectos específicos, la Procuraduría podrá contar con asesores y peritos libremente designados.

17. En el curso de la investigación la Procuraduría podrá recibir nuevos elementos de información proporcionados por el quejoso.

18. Cuando la Procuraduría haya cerrado un expediente, podrá reabrirlo si el quejoso ofrece nuevos elementos de información.

19. La Procuraduría no podrá anular ni revocar actos de la administración.

20. Los trámites que realice la Procuraduría no interrumpirán la prescripción de las acciones judiciales o de los recursos administrativos que correspondan.

21. Las conclusiones y recomendaciones de la Procuraduría no prejuzgarán con relación a posibles resoluciones de los órganos administrativos o jurisdiccionales a los que se someta el mismo asunto.

22. En las conclusiones, recomendaciones e informes que formule la Procuraduría tendrá la obligación de consignar:

1º El contenido de la queja;
2º El resultado de la investigación, especificando:
   a) Si se revisaron los documentos de la dependencia o dependencias involucradas;
   b) Si se recibió el informe requerido a la dependencia o dependencias involucradas;
3º La recomendación para solucionar el problema;
4º La solución alcanzada, si fue el caso;
5º La recomendación de carácter general para la administración, en caso de que proceda.

23. En sus conclusiones, recomendaciones e informes, el procurador no podrá formular censuras de carácter personal al funcionario o funcionarios involucrados.

24. El informe correspondiente deberá contener una valoración acerca de las conductas investigadas y de los argumentos vertidos por el ciudadano y por la dependencia.

25. El informe final que elabore la Procuraduría deberá ser hecho del conocimiento del quejoso y de la dependencia o dependencias involucradas.

26. Los informes, conclusiones y recomendaciones del procurador no serán impugnables.

27. No se dará publicidad alguna al contenido de los informes de los que se desprendan inculpaciones personales para funcionarios públicos o que traduzcan situaciones que los particulares deseen mantener en discreción.

28. En sus recomendaciones, la Procuraduría podrá distinguir las que correspondan:

1º A la solución del caso concreto;
2º A la modificación de procedimientos administrativos para evitar la repetición de casos semejantes, y
3º A las modificaciones legislativas para mejorar los procedimientos administrativos o para evitar la recurrencia de actos semejantes a los que dieron motivo a la queja.

29. El procurador publicará un informe anual de sus labores, en que hará constar:

1º El número de asuntos tramitados;
2º El número de asuntos pendientes;
3º El resultado de las investigaciones;
4º Las recomendaciones formuladas, y
5º Los demás aspectos que se juzgue conveniente hacer del conocimiento público.

30. Cuando de la investigación se desprenda la comisión de hechos presuntamente constitutivos de delito, se dará conocimiento a la autoridad que corresponda.