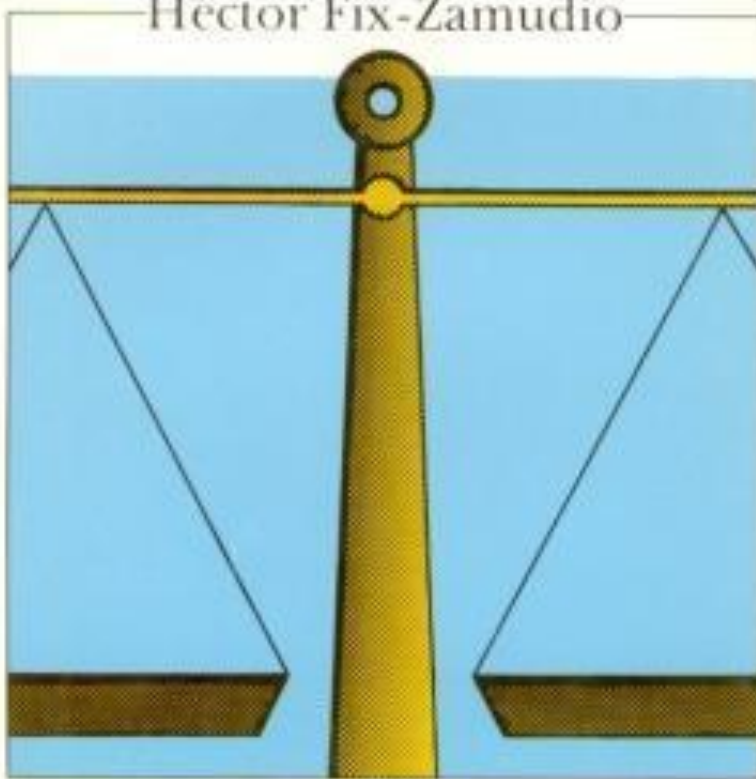


GRANDES TENDENCIAS POLÍTICAS CONTEMPORÁNEAS

**LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
DEL
PODER JUDICIAL**

Héctor Fix-Zamudio



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Coordinación de Humanidades

GRANDES TENDENCIAS POLÍTICAS CONTEMPORÁNEAS

**LOS PROBLEMAS
CONTEMPORÁNEOS
DEL PODER JUDICIAL**

Héctor Fix-Zamudio



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Coordinación de Humanidades

Primera edición, 1986
Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510 México, D.F.
Coordinación de Humanidades
ISBN 968-837-866-6
Impreso en México

GRANDES TENDENCIAS POLITICAS CONTEMPORANEAS

Consejo Editorial

Jorge Carpizo
Jorge Madrazo
Diego Valadés
José Francisco Ruiz Massieu
Arnaldo Córdova
Rodolfo Stavenhagen
José Luis Reyna
Jacobó Casillas

Coordinador de la Colección: Marcos Kaplan.

Universidad Nacional Autónoma de México

Rector: Jorge Carpizo / Secretario General : José Narro Robles / Secretario General Administrativo: José Manuel Covarrubias / Secretario de Rectoría: Carlos Barros Horcasitas / Abogado General: Eduardo Andrade Sánchez / Coordinador de Humanidades: Jorge Madrazo.

Al destacado procesalista español Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario.

I. Introducción

I. En este breve estudio se pretende destacar la problemática de la función judicial en nuestra época, la que ha asumido una creciente complejidad, en virtud de que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos, se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo, en el cual ha penetrado un conjunto de factores sociales, económicos y culturales que deben combinarse en una función que puede calificarse de política, en el sentido de participación en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, la que anteriormente estaba excluida para los tribunales.

2. Por otra parte, hemos preferido utilizar la denominación de *poder judicial* sobre la empleada de manera frecuente de “administración de justicia”, en virtud de que un sector de la doctrina ha señalado que la segunda terminología posee una connotación liberal e individualista derivada de la concepción de los revolucionarios franceses, los cuales estimaban la función judicial de carácter secundario frente a las de otros dos órganos del poder. Al respecto debe recordarse que el ilustre tratadista mexicano Emilio Rabasa sostuvo a comienzos de este siglo que el organismo judicial en México no podía considerarse como un verdadero poder, por faltarle las condiciones esenciales de iniciativa, unidad y autoridad general.¹

3. Pero esta situación decimonónica ha sido superada de manera paulatina, por lo que en la actualidad no se discute la intervención del mis-

¹ *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3a. Ed., México, 1956, pp. 189-190.

mo organismo judicial en la toma de decisiones de carácter fundamental en el Estado contemporáneo, e inclusive se ha llegado a sostener con fundamento que ante el debilitamiento progresivo de las asambleas legislativas frente al ejecutivo predominante de nuestra época, la limitación de ese predominio descansa actualmente en los tribunales, que en su conjunto, por tanto, adquieren la categoría de un verdadero poder.²

4. Este pequeño trabajo se divide en tres sectores. El primero de ellos relata la vinculación del poder judicial con los lineamientos establecidos por la Constitución en su calidad de Ley Suprema. Un segundo sector contempla los aspectos administrativos de la organización judicial, incluyendo las cuestiones actuales relativas al gobierno de la judicatura. El tercero se refiere a las relaciones de los jueces y tribunales con el derecho procesal, en especial el papel moderno del juez como director del proceso. En este último sector también se contemplan las actividades de los dos grandes colaboradores de la función judicial: el ministerio público y el abogado.

————II. Poder judicial y derecho constitucional————

5. Tenemos la convicción de que nos encontramos en los comienzos de una nueva etapa en los estudios científicos del derecho procesal, la que se apoya en las construcciones admirables de los grandes procesalistas de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del presente, y que concluye, en nuestra opinión personal, con el reciente fallecimiento de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (ilustre jurista español que permaneció fructíferamente durante treinta años en México), quienes sistematizaron las categorías procesales a través de una teoría general del proceso o del derecho procesal, como disciplina predominantemente normativa.³

6. En esta segunda posguerra de grandes cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se reflejan en sustanciales transfor-

² Cfr. Manuel García Pelayo, "El Estado Social y sus implicaciones" en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid 1977. pp. 51-66.

³ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso", y "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", ambas en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, 1974, tomo I, pp. 506-523 y 525-615; Víctor Fairén Guillén, "Ideas sobre una teoría general del derecho procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid 1966, enero-marzo, pp. 27-63, abril-junio, pp. 9-44, y la extensa bibliografía que citan ambos autores.

maciones jurídicas, ⁴ los cultivadores de las ciencias jurídicas están obligados a contribuir a esas modificaciones si no quieren quedarse rezagados y por ello deben vincularse de manera creciente con los estudios del derecho constitucional de nuestra época, debido a que las instituciones procesales que se incorporan cada vez con mayor extensión en los textos de las Cartas Fundamentales y en los documentos de carácter internacional, puesto que el proceso no es simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar uno de los derechos esenciales del ser humano, que no se concreta a un simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia.

6. En este sentido consideramos que esta nueva etapa del procesalismo contemporáneo, que adquiere cada vez más fuerza, se traduce en la tendencia que uno de los representantes más prominentes de las nuevas tendencias, el notable procesalista y comparatista Mauro Cappelletti, califica como la nueva responsabilidad de la doctrina procesal, en cuanto: “El procedimiento es en verdad el espejo fiel de todas las mayores exigencias, problemas y afanes de nuestra época el inmenso desafío de nuestra época”. ⁵

7. La fase contemporánea de los estudios jurídicos relativos a la vinculación del poder judicial con las normas fundamentales, ha cristalizado en dos disciplinas limítrofes, que con frecuencia se combinan en los propios estudios jurídicos, pero que es preciso delimitar para efectos de análisis.

8. La primera en aparecer como disciplina científica es la que puede calificarse como *derecho procesal constitucional*, considerada como la rama más joven de la ciencia del proceso, y cuya fundamentación se atribuye el ilustre tratadista Hans Kelsen, particularmente a través de su clásico estudio publicado en 1928 en la Revista francesa de derecho público, ⁶ y en el cual plantea la necesidad de establecer instrumentos procesales específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada, es decir,

⁴ Cfr. el libro fundamental de Wolfgang, Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, Fondo de Cultura Económica, México 1966.

⁵ “Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa Occidental y Oriental)”, en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 89-90.

⁶ “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en *Revue de droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, Paris, 1928, pp. 197-257, publicado posteriormente en *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 129, pp. 52-143, trad. española de Rolando Tamayo y Salmorán, con el título “La garantía jurisdiccional de la Constitución” en *Anuario Jurídico-I-1974*, UNAM, 1974, pp. 471-515.

la Corte Constitucional creada en virtud de las ideas del citado jurista vienés en la Constitución austríaca de 1920.⁷

9. En época más reciente, es decir, en esta segunda posguerra, se inició la consolidación de la segunda disciplina de frontera, esta vez en el campo del derecho constitucional, y por ello puede calificarse como *derecho constitucional procesal*, cuya creación doctrinal debe atribuirse al notable procesalista uruguayo Eduardo J. Couture.⁸

10. No se trata, como pudiera creerse a primera vista, de un simple juego de palabras, sino de dos sectores de la ciencia jurídica que corresponden, respectivamente, a los campos del derecho procesal y de derecho constitucional, pero como ambas tienen por objeto el examen, desde distintas perspectivas, de las categorías procesales, se entrecruzan con frecuencia, lo que implica la necesidad de una constante colaboración entre los cultivadores de las mismas. Inclusive debe llamarse la atención de que el sistematizador de la disciplina procesal, Hans Kelsen, fue un eminente cultivador de la filosofía y de la teoría general del Derecho, así como del derecho público, en tanto que Couture, que trazó los fundamentos de la rama constitucional, fue por el contrario un destacado procesalista, lo que nos señala claramente esta vinculación recíproca.

11. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó como la primera de sus conclusiones la recomendación de que “es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”.⁹

12. A) *El juez ante la norma constitucional*. Tradicionalmente, y en

⁷ La influencia de Kelsen en la creación de la Corte Constitucional austríaca de la que fue magistrado durante los años 1921 a 1930. Cfr. Rudolf Aladir Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, UNAM, 1976; Walter Frisch Philipp, “La forma en que se plasmó la Teoría Pura del derecho de Hans Kelsen, en la jurisdicción austríaca creada por él”, trad. de Elsa Bieler *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 131-148.

⁸ “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, en la obra colectiva *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 153-213; Cfr. Enrico Tullio Liebman, “Diritto costituzionale e processo civile”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1952, pp. 327-332, trad. castellana “Derecho constitucional y proceso civil”, en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudio que comenta las ideas del ilustre Couture.

⁹ En el volumen *La función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, UNAM, México 1977, p. 201.

especial a partir de la Revolución francesa, los jueces, como simples aplicadores mecánicos de las disposiciones legislativas, no estaban facultados para, y aun se les prohibía de manera expresa, desaplicar las propias disposiciones que se consideran contrarias a los preceptos de carácter constitucional, con lo cual se desvirtuó el principio de la supremacía de la Constitución Política como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico. Por el contrario, en la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, y con precedentes en la legislación de las colonias inglesas en América, se impuso el principio contrario, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, es decir, que los jueces de todas las categorías poseen no sólo la atribución sino que también tienen la obligación de desaplicar en los procesos concretos en los cuales conocen, las disposiciones legales que consideren contrarias a la Constitución Federal.¹⁰

13. De esta manera se desarrollaron dos sistemas diversos: el *continental europeo*, en el cual, debido a la influencia predominante de Juan Jacobo Rousseau (quien postuló la supremacía del órgano legislativo como representante de la voluntad general)¹¹ y de Carlos María de Secondat, Barón de Montesquieu (que consideró al juez como un aplicador mecánico de la ley)¹² se impuso el criterio de que los jueces y tribunales ordinarios no pueden conocer ni decidir cuestiones de inconstitucionalidad.¹³

14. El modelo que podemos calificar como *angloamericano* se impuso, con exclusión de Inglaterra (en la que también imperó, aun cuando por diversos motivos, el principio de la soberanía del Parlamento), además de los Estados Unidos, en los países que surgieron de los dominios británicos como Canadá, Australia, Nueva Zelandia y la India, entre otros; en este sistema todos los jueces y tribunales pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo las disposiciones legislativas. En América Latina, por influencia del ordenamiento constitucional de los Estados Unidos, ha predominado, con algunas excepciones, la facultad de los jueces ordinarios, o al menos de algunos de ellos, para conocer y decidir las cuestiones de constitucionalidad.¹⁴

¹⁰ Cfr. Eduardo, García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

¹¹ *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, Los Libros del Mirasol, Buenos Aires 1961, Libro II, Capítulo VI, pp. 177-178.

¹² *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez y Matilde Huici, El Ateneo, Buenos Aires 1951, Libro XI, Cap. VI, p. 209.

¹³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, Núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 51-60.

Cfr. J.A.C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, UNAM, México 1963, pp. 29-47; *Id.* "The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional", en

15. Estos dos modelos se han aproximado de manera paulatina, si se toma en consideración que debido al pensamiento de Hans Kelsen señalado anteriormente (*supra* párrafo 8), en la primera posguerra se inició con la Carta Federal Austríaca de 1920 una evolución que condujo al establecimiento de Cortes o Tribunales Constitucionales, como organismos jurisdiccionales especializados para conocer y resolver sobre las controversias derivadas de la aplicación de las normas constitucionales, incluyendo la impugnación de las disposiciones legislativas. Debido a la influencia de la Corte Constitucional austriaca, restablecida en 1945, se establecieron tribunales constitucionales en las Cortes Supremas de Italia (1948), República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961); Yugoslavia (1963 y 1974); Portugal (1976-1982); y España (1978), entre los más importantes.¹⁵

16. En apariencia, las instituciones de justicia constitucional que se han calificado como americana y austriaca, por haber surgido en Estados Unidos y en Austria, respectivamente, poseen características antagónicas, pues la primera se encomienda a todos los tribunales (control difuso); la inconstitucionalidad de las leyes se plantea por vía incidental en un proceso concreto, y la sentencia que declara la inconstitucionalidad sólo tiene efectos entre las partes, es decir, que se traduce sólo en la desaplicación de las disposiciones legales impugnadas y de manera retroactiva; por el contrario, en el sistema austriaco que predomina en los ordenamientos del continente europeo la inconstitucionalidad corresponde exclusivamente al tribunal o corte constitucionales (control concentrado), pues los jueces ordinarios no están facultados para decidir sobre dichas cuestiones, las cuales, cuando surgen en un proceso, deben ser enviadas al organismo especializado; la impugnación de las leyes que se consideren contrarias a la Carta Fundamental pueden plantearse también de manera directa por los órganos públicos afectados o por un sector del legislativo (vía principal), y los efectos en caso de la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, asume carácter general (*erga omnes*) y sólo para el futuro, ya que a partir de la publicación de la declaración de

Detroit College of Law Review, verano de 1978, pp. 203-207; Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México 1966, pp. 67-72.

¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid 1982, pp. 165-221; *Id. Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. Ed., Porrúa, México 1985, pp. 43-131; Louis Favoreau (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

inconstitucionalidad, dichas disposiciones no pueden aplicarse de manera general.¹⁶

17. Sin embargo, ambos modelos se han compenetrado recíprocamente, porque que si bien conservan algunos matices, en el sistema americano se han incorporado algunos elementos del austriaco en cuanto la Corte Suprema federal de los Estados Unidos a través de su competencia discrecional calificada como *certiorari*, se ha convertido en un verdadero tribunal constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad, de los asuntos que conoce tiene carácter directamente constitucional, especialmente en materia de derechos humanos, y por la otra, debido a que sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país de acuerdo con el principio que se califica como *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), por lo que, cuando la citada Suprema Corte decide sobre la inconstitucionalidad de una ley, el fallo tiene carácter general. También tienen naturaleza general en esta materia las decisiones de las Cortes Supremas de varios países latinoamericanos a través de la institución que se conoce como “acción popular de inconstitucionalidad” (Colombia, Venezuela, El Salvador y Panamá), así como la impugnación de parte interesada en Costa Rica y en los ordenamientos de varias provincias argentinas.¹⁷

18. Además de lo anterior y junto al llamado sistema americano de control constitucional, en varios ordenamientos latinoamericanos se han implantado tribunales o cortes constitucionales, de acuerdo con la influencia europea, que tienen la facultad de decidir en último grado las cuestiones de constitucionalidad de los actos de autoridad y pueden otorgar efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes. En esta dirección podemos señalar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, establecida en 1965 como un órgano que sólo se reunía con motivo de las impugnaciones de inconstitucionalidad de las leyes, pero que ahora tiene carácter per-

¹⁶ Piero Calamandrei afirmó con gran penetración que los lineamientos del binomio americano-austriaco aparecen agrupados según cierta necesidad lógica, de manera que el primer tipo de control, es decir, el americano se configura necesariamente como *difuso, incidental, especial y declarativo*, en tanto que el segundo que califica como autónomo, o sea el austriaco *es concentrado, principal general y constitutivo* en su clásico estudio “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en la obra del mismo autor, *Estudios sobre el proceso civil* trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires 1962, p. 33. Sobre este contraste veáse también el análisis del propio Hans Kelsen, “A Comparative Study of the Austrian and the American Constitutions”, en *The Journal of Politics*. 1942, pp. 183-200.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Núm. 111, septiembre-diciembre de 1979, pp. 643-644.

manente de acuerdo con la nueva Constitución de 1985, que entró en vigor en febrero de 1986; en Chile se estableció un Tribunal Constitucional en la reforma de 1970 a la Carta de 1925, que fue suprimido por el golpe militar de septiembre de 1973, pero restablecido en la Constitución de 1980; también se han introducido Tribunales de Garantías Constitucionales en las Leyes Fundamentales de Ecuador (1978) y de Perú (1979).¹⁸

19. En la situación actual, todos los jueces y tribunales, o bien sólo un organismo judicial especializado, pueden conocer y decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo los de carácter legislativo, función que debe considerarse muy alejada de la concepción mecánica que predominó en Europa continental durante el siglo XIX y las primeras décadas del presente (*supra* 2). En nuestros días los jueces, además de realizar una labor de integración en todos los conflictos que ellos conocen y por tanto son órganos de creación jurídica, como lo puso de relieve el ilustre jurista francés Francois Geny¹⁹ (lo que por otra parte los juristas angloamericanos señalaban desde hace mucho tiempo a través de la frase: *Judge made law*), aquellos que deciden sobre cuestiones directamente constitucionales efectúan una delicada función política, en el sentido que señalamos anteriormente (*supra* 1).

20. Esta intervención del organismo judicial en la toma de decisiones fundamentales ha provocado polémicas que todavía persisten sobre “el gobierno de los jueces” o sobre la “politización de la justicia”, como la que se entabló en los años treinta entre Carl Schmit y Hans Kelsen²⁰ y que recientemente se ha producido entre Lord Devlin y Mauro Cappelletti.²¹ En la actualidad se ha cuestionado la legitimidad de los tribunales supremos o constitucionales, cuyos miembros no son

¹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales Constitucionales y los derechos humanos*, pp. 133-154.

¹⁹ Especialmente su clásica obra *Methodé d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2a. Ed., 2a. reimpresión, 2 vols, París, 1954.

²⁰ Cfr. el clásico libro de Carl Schmitt, *Der Hutter der Verfassung*, (El protector de la Constitución), cuya primera edición apareció en Alemania en 1931 y fue traducido al español con el título *La defensa de la Constitución*, por Manuel Sánchez Sarto, Editorial Labor, Barcelona 1931 (2a. ed. castellana, con prólogo de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983). Por lo que se refiere a Hans Kelsen debe destacarse el estudio *Wer soll der Hutter der Verfassung sein* (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?), publicado en la revista *Die Justiz*, 1930-1931, cuaderno 11-12, vol. VI, pp. 576-628, traducido recientemente al italiano por Carmelo Geraci, con el título “Chi dev'essere il custode della Costituzione”, en el volumen recopilativo de trabajos del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981, Milano, pp. 231-291.

²¹ Cfr. Lord Devlin, *The Judge*, Oxford University Press, 1979; Mauro Cappelletti, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, pp. 599-662.

electos popularmente, para decidir sobre la constitucionalidad de disposiciones legislativas emitidas por los órganos parlamentarios de carácter representativo, tema que fue motivo de análisis en el Coloquio realizado en Upsala, Suecia, en septiembre de 1984, organizado por la Asociación Internacional de Ciencia Jurídica.²²

21. Lo anterior demuestra la significación que asume actualmente el organismo judicial, considerado como un verdadero poder en el Estado contemporáneo. En la primera posguerra, el conocido comparatista Boris Mirkin Guetzevitch, señaló con agudeza el surgimiento de nuevos instrumentos de control de los órganos del poder, que unidos a los que se habían venido estableciendo en los sistemas constitucionales clásicos, conformaban lo que calificó acertadamente como *racionalización del poder*.²³

22. En esta segunda posguerra esa racionalización ya no es suficiente, debido a que las constituciones que surgieron o se modificaron en los dolorosos y convulsionados años que siguieron a la terminación de la segunda guerra mundial, introdujeron numerosos principios programáticos que requieren para su aplicación de una integración de los mismos por parte de los organismos legislativos y administrativos, pero especialmente por los tribunales, todo lo cual requiere de sensibilidad jurídico-política, que rebasa toda racionalización, ya que está impregnada de una vigorosa dosis axiológica relacionada con el valor supremo de la justicia.

23. Por ello hemos considerado que, además de la *racionalización del poder*, que constituye un paso firme en el camino de su limitación, es necesario añadir en la actualidad un elemento más complejo, que es el relativo a la *justificación*; en otras palabras, el ejercicio del poder, que en nuestra época es cada vez más vigoroso, no sólo debe racionalizarse sino justificarse, es decir, someterse a los principios de la justicia.

24. Lo anterior nos conduce a las transformaciones del Estado contemporáneo en un *Estado de Justicia*. No obstante que existen varios puntos de vista sobre este concepto, consideramos significativa la definición elaborada por el tratadista italiano Giacomo Perticone, en cuanto afirmó que Estado de Justicia es el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en los valores del individuo aisla-

²² Los trabajos presentados en el citado Coloquio de Upsala fueron publicados en el libro editado por los profesores Louis Favoreu y John-Anthony Jolowicz, *Le controle juridictionnel des lois. Legimité, effectivité et développements récents*, París, Economica Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986.

²³ *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 56-57; *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, pp. VII-VIII.

do, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad.²⁴

25. Claro que el Estado de Justicia comprende muchos aspectos que no son estrictamente jurídicos, aun cuando cristalizan en normas jurídicas; como son los relativos a la que se ha llamado justicia social, justicia económica y justicia política; pero como todas ellas desembocan en disposiciones normativas, se requiere también, aun cuando pudiera parecer pleonástico, de una *justicia judicial*, es decir, de los instrumentos por conducto de los cuales un órgano del Estado, de carácter imparcial (reciba o no expresamente la denominación de tribunal) pueda resolver los conflictos y las violaciones derivados de la aplicación directa o a través de disposiciones legislativas y reglamentarias, de los principios programáticos y las disposiciones normativas de las cartas fundamentales.

26. El destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti, uno de los juristas que ha profundizado con mayor agudeza en la difícil problemática de la justicia constitucional de nuestra época, ha señalado cómo los jueces que deben aplicar las normas constitucionales tienen un campo de interpretación muy amplio, ya que se encuentran vinculados por los fines señalados en los principios programáticos de las constituciones contemporáneas, lo que convierte a dichos jueces en integradores de un sector muy extenso del ordenamiento jurídico cuyo contorno es a veces muy impreciso, según los lineamientos establecidos por las normas de la ley suprema,²⁵ y esto ha determinado que la doctrina de nuestro tiempo señale la especificidad de la *interpretación constitucional*, que requiere de una gran sensibilidad, además de serenidad y equilibrio, de los jueces encargados de realizarla.²⁶

27. Cuando hablamos de justicia constitucional pretendemos refe-

²⁴ "Stato di Diritto e Stato di Giustizia", en *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, Milano, enero-febrero de 1963, p. 129.

²⁵ "Il controllo di costituzionalistá delle legge nel quadro delle funzione dello Satato", en la obra colectiva *Studi in onore di Guido Zanobini*, Vol. III, Giuffré, Milano, 1962, pp. 112 y ss.

²⁶ Este tema de la interpretación constitucional ha tenido un gran desarrollo en la actualidad, inclusive en el ámbito latinoamericano en el cual hasta hace poco tiempo había sido descuidado. Entre otros, Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 271-309; traducido al inglés con el título de "Some Aspects of Constitutional Intpretation in Mexico's Legal System", en *Comparative Juridical Review* Coral Gables, Florida, Vol. II, 1974, pp. 105-140; Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en la obra colectiva *La interpretación constitucional*, UNAM, México 1975, 9-58; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

rinos a los preceptos de las constituciones contemporáneas que encomiendan a determinados órganos del Estado la garantía de la aplicación de los principios y disposiciones de las propias cartas fundamentales, y que no sólo implican su imposición forzosa cuando no son acatados por los órganos del poder destinatarios de los mismos, sino que comprenden también la delicada función de dar contenido el marco señalado por la ley suprema, a través de la interpretación de las normas fundamentales de manera dinámica, para adaptarlas paulatinamente a los cambios, cada vez más rápidos, que se observan en las sociedades contemporáneas.

28. B) *El derecho procesal constitucional*. Como lo señalamos anteriormente (*supra* 8) esta disciplina jurídica se ocupa del estudio de la justicia constitucional, la que está formada por un conjunto de instrumentos normativos a través de los cuales pueden resolverse los conflictos y repararse las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales; instrumentos que también pueden calificarse como *garantías constitucionales*. Ahora bien, sólo para el efecto de su análisis, podemos dividir la justicia constitucional, y por tanto, a las garantías constitucionales, en tres sectores esenciales que en la práctica son difícilmente separables: a) jurisdicción constitucional de la libertad; b) jurisdicción constitucional orgánica, y c) jurisdicción constitucional transnacional.

29. a). *Jurisdicción constitucional de la libertad*. Esta denominación se debe al citado Mauro Cappelletti y ha cristalizado de manera firme en la doctrina constitucional y procesal contemporáneas.²⁷ Comprende el estudio de los instrumentos cada vez más numerosos que se han establecido de manera paulatina en los ordenamientos de nuestra época para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana en sus dos dimensiones inseparables: individual y social, y además, consagrados por las mismas normas constitucionales.

30. Debemos hacer la aclaración de que este importante sector del derecho procesal constitucional se ocupa del estudio no sólo de los instrumentos estrictamente procesales orientados a la tutela específica de los derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus* angloamericano; el recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) en los ordenamientos federal alemán, austriaco y suizo; del derecho de amparo latinoamericano (y ahora iberoamericano por su consagración en las Constituciones españolas republicana de 1931 y actual de 1978) y que comprende también el *mandado de seguranca* brasileño (traducido por

²⁷ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Trad. Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México 1961, pp. 1-120; José Luis Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198.

algunos autores como mandamiento de amparo), sino también otros medios jurídicos que están dirigidos a lograr dicha tutela de los derechos humanos, tales como la *Procuratura* de los países socialistas y el *Ombudsman* de origen escandinavo, pero que se está transformando en una institución prácticamente universal con los nombres de Comisionado Parlamentario, *Médiateur*, Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, etc.²⁸

31. b) *Jurisdicción constitucional orgánica* que está dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que señalan las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, especialmente el llamado control abstracto de las propias normas constitucionales y que pretende resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus atribuciones, en particular cuando cristalizan en disposiciones legislativas.

32. Sin embargo, es preciso aclarar que la división puramente conceptual entre la jurisdicción orgánica y la de la libertad no puede aplicarse de manera estricta en el desarrollo de la *praxis* de los citados instrumentos, ya que podemos observar claramente que, para citar un ejemplo evidente, como un instrumento establecido directamente para el examen de la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el órgano legislativo pero todavía no promulgadas, y por ello de manera preventiva, y dirigido a la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones de los órganos del poder, como lo es el *Consejo Constitucional* francés, que se ha transformado, en ausencia de otros instrumentos específicos, en un órgano de justicia constitucional de la libertad.²⁹

²⁸ La bibliografía sobre esta institución es impresionante, por lo que nos limitamos a proporcionar los datos de algunos trabajos comparativos: Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149; Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, 2a. Ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1981, Víctor Fairén Guillén, *El defensor del pueblo. Ombudsman*, tomo I, *Parte General*, Madrid, 1982; Frank, Stacey, *Ombudsman Compared*, Oxford, Clarendon Press, 1978, Constantino, Mortati (Editor), *L'Ombudsman. (Il difensore civico)*, Torino, UTET, 1974; Gerald E., Caiden (Editor), *International Handbook of the Ombudsman*, y *Country Surveys*, Westport-Connecticut, Greenwood Press, 1983, 2 vols.

²⁹ Es muy amplia la bibliografía sobre esta institución francesa, por lo que citamos las obras más significativas y recientes: Louis Favoreu, y Philip, Loic, *Le Conseil Constitutionnel*, 2a. Ed., París, PUF, 1980; *Id. Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 3a. Ed., París, Sirey, 1984; Francois Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, Economica, 1980; Thierry Renoux, *Le Conseil Constitutionnel, et l'autorité judiciaire. L'elaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, París, Economica, 1984; y el número colectivo de la revista *Pouvoirs*, *Le Conseil Constitutionnel*, Núm. 13, París, PUF, 1980.

33. c) *Jurisdicción constitucional transnacional.* Aun a primera vista pudiera parecer extraño que un sector de la justicia constitucional, que es predominantemente interna, tenga una proyección en el ámbito exterior al ordenamiento jurídico nacional, un examen más cuidadoso nos lleva al convencimiento de que cada vez existen más relaciones, y por ello también conflictos, entre la aplicación de las disposiciones de la Constitución y aquellas que pertenecen al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte directa o a través de mecanismos de incorporación, del orden jurídico interno.³⁰

34. Los problemas en esta materia son bastante complejos y todavía se encuentran sujetos a una revisión debido a los constantes avances en los campos de los derechos internacional y comunitario, que son muy complejos, pero para los efectos de este estudio superficial pueden separarse en dos sectores principales: las normas o principios generalmente reconocidos y los tratados o convenios propiamente dichos. Son estos últimos los que primero se tomaron en cuenta en las cartas constitucionales para su incorporación al derecho interno. Así podemos citar que el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 dispuso que los tratados internacionales celebrados de acuerdo con la misma constitución, es decir, por el presidente de la República con aprobación del Senado (artículo II, sección 2a, inciso c), conjuntamente con la propia Constitución y las leyes federales, integran el derecho supremo de la Unión y al mismo tiempo se otorgó facultad al poder judicial federal para conocer de las controversias derivadas de los propios tratados internacionales (artículo III, sección 2, inciso 1). La jurisprudencia de los citados tribunales federales otorgó a dichos tratados el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de disposiciones locales en relación con las normas internacionales.

35. Por lo que se refiere al otro sector, es decir las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, las mismas se incorporaron expresamente a las disposiciones constitucionales y, por tanto, a los ordenamientos internos a partir de la primera posguerra; podemos citar como ejemplo el artículo 4º de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, en el cual se dispuso: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich".

36. En esta segunda posguerra la incorporación de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas a los ordenamientos constitucionales nacionales, se ha desarrollado con mayor amplitud, de acuerdo con la creciente evolución del derecho internacional y con

³⁰ Cfr. Antonio La Pergola, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez Zapa Pérez, México, 1985.

mayor razón en las cartas fundamentales europeas, debido a la creación del derecho económico comunitario. Desde este ángulo podemos citar algunos preceptos importantes, tales como la parte relativa del artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, según el cual: “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional”. Es más significativo en este sentido el artículo 25 de la ley fundamental de la República Federal de Alemania de 1949: “Las reglas generales del derecho internacional forma parte del derecho federal. Tiene preferencia sobre las leyes y hace nacer directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación”. A su vez, el artículo 8º de la Constitución portuguesa de 1976 establece en su parte conducente: “1. Las normas y principios del derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués”.

37. Los preceptos anteriores son importantes en cuanto significan la incorporación de las normas consuetudinarias de derecho internacional, de manera automática e inclusive con nivel superior a las leyes ordinarias, de acuerdo con el transcrito artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania. Además, como todos los países que hemos mencionado forman parte de las comunidades europeas, les son aplicables los principios generales que se han establecido a través de la jurisprudencia de la Corte de las propias comunidades, con residencia en Luxemburgo.³¹

38. Observamos nuevamente la vinculación entre los tres sectores jurisdiccionales que hemos mencionado en cuanto algunos textos constitucionales son significativos en el reforzamiento de la jurisdicción constitucional de la libertad por la incorporación de las normas y reglas internacionales y comunitarias, y como ejemplos podemos señalar el artículo 16 de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, en cuya parte conducente establece: “2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; el artículo 10, inciso 2, de la Constitución española de 1978, en cuanto dispone que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las

³¹ Cfr. entre otros, Louis Dubois, “Le role de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Objet et portée de la protection”, en *Revue internationale de droit comparé*, Núm. 2, París, abril de 1981, pp. 615-619. Traducido al español como “El papel del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de la protección, en *Tribunales constitucionales europeos*, pp. 563-597.

mismas materias ratificados por España". Una posición de mayor adelanto está representada por los preceptos de los artículos 46 de la Constitución guatemalteca de 1985 y 105 de la Carta peruana de 1979, que disponen respectivamente: "*Preeminencia del derecho internacional*". Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno", y "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

39. C) *Derecho constitucional procesal*. Una vez establecido que esta disciplina se ocupa del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución, es necesario realizar un esfuerzo para establecer su contenido, tomando en consideración, por una parte, su carácter de frontera, y por la otra el desarrollo inicial de los estudios específicos sobre la misma, lo que implica forzosamente el enfoque provisional de una rama del conocimiento jurídico en formación. Sin embargo, es posible señalar hasta el momento *cuatro sectores* esenciales de esta disciplina, que se concentran en las categorías de: a) la jurisdicción; b) las garantías judiciales; c) las garantías de las partes, y finalmente d) *las formalidades del procedimiento o debido procesolegal*.³²

40. a) *La jurisdicción*. Sobre esta institución afirmó certeramente el destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que no se sabe con precisión su encuadramiento, ya sea en la ciencia del derecho procesal o en la del derecho constitucional, lo que deriva de su situación de confluencia, en virtud de que esta institución debe ser analizada desde los dos ángulos y perspectivas, tomando en cuenta que para el constitucionalista, la jurisdicción es una de las tres funciones del Estado, y que para el procesalista es la actividad del propio Estado que imparte la función jurisdiccional a través del proceso. El mismo tratadista español señaló con agudeza que los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista *estático*, es decir como una emanación o atributo de la soberanía del Estado y el enfoque procesal la examina desde el ángulo *dinámico*, tomando en cuenta la correlación de la propia jurisdicción con el proceso.³³

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1981*, México, 1982, pp. 44-87.

³³ "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, pp. 29-60; Juan Montero Aroca, "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", en *Revista uruguaya de derecho procesal*, Montevideo, 1, 1984, pp. 19-47; Francesco Rigano, *Costituzioni e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

41. Sólo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la propia institución, partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y en una posición imparcial.³⁴ Pero éste es el aspecto externo o formal de la función, puesto que como lo hemos señalado en este trabajo, dicha actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a las propias normas legislativas a través de su interpretación e integración en los casos concretos de que conocen los tribunales y de esta manera adaptan de manera constante y dinámica los preceptos normativos a los cambios cada vez más acelerados de las sociedades contemporáneas. Además, cuando los jueces deben resolver los conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones y principios establecidos en las cartas fundamentales, su función, además de dinámica, es de carácter político, puesto que participan, como se ha dicho, en las decisiones de los otros órganos del poder.

42. b) *Las garantías judiciales.* Por ellas debemos entender el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen, además, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables. En este sentido se puede invocar lo establecido por los artículos 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1966; 8º de la Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, así como el 6º del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, en los cuales se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal *competente, independiente e imparcial*, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

43. Entre dichas garantías judiciales podemos destacar la de mayor importancia, los instrumentos relativos a la estabilidad de los miem-

³⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en la obra colectiva del mismo nombre, p. 13.

bros de la judicatura, así como remuneración, responsabilidad y autoridad de los propios juzgadores.

44. *a1). Estabilidad.* Como tal debe entenderse el conjunto de instrumentos que se traducen en la permanencia de los jueces y magistrados ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, su fallecimiento o la edad de retiro, a no ser que incurran en un motivo de responsabilidad que implique su remoción a través de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que una vez designado, el juez o magistrado permanece indefinidamente en el cargo hasta su fallecimiento o retiro forzoso a una edad determinada. En los ordenamientos angloamericanos se ha establecido un principio que ha tenido influencia en Latinoamérica sobre el desempeño de los cargos judiciales en tanto que los miembros de la judicatura observen una buena conducta (*Good Behavior*).

45 *b1).* Remuneración. Éste ha sido uno de los aspectos más débiles de todos los sistemas jurídicos de organización judicial, y con mayor razón en Latinoamérica, pues generalmente los jueces y magistrados perciben remuneraciones proporcionalmente inferiores a las que se otorgan a los funcionarios administrativos o de los cuerpos legislativos (lo que está vinculado a la concepción tradicional sobre el carácter secundario de la función judicial), y por ello el porcentaje del presupuesto que se dedica al poder judicial suele ser menor al asignado a los otros dos órganos del poder político del Estado.

46. Aun cuando éste es un fenómeno que tiene carácter general, especialmente en los países del continente europeo y en Latinoamérica (con la excepción de los ordenamientos angloamericanos en los cuales predomina las remuneraciones adecuadas a la importancia esencial que siempre han atribuido a los tribunales), en nuestra región la situación es más aflictiva, por lo que se ha ensayado la implantación de instrumentos para atenuar y superar esta situación de inferioridad económica. En esta dirección podemos señalar varios preceptos constitucionales que consagran un porcentaje mínimo del presupuesto nacional para el organismo judicial. Como ejemplos podemos señalar los artículos 177 de la Constitución de Costa Rica; 238 de la Carta del Perú de 1979; 62 del Decreto de Reformas a la Constitución colombiana, aprobadas en 1979 (pero que quedaron sin efecto por una decisión de la Corte Suprema pronunciada en 1981, y que declaró dichas reformas inconstitucionales por vicios de forma); y finalmente el artículo 123 de la Carta guatemalteca de 1985. Dichos preceptos han establecido, respectivamente, seis, dos, diez y dos por ciento del presupuesto para el poder judicial.

47. También en este sector económico podemos señalar el principio consagrado en el artículo III, sección primera, de la Constitución Fe-

deral de los Estados Unidos, en la cual se establece que los jueces federales recibirán una remuneración por sus servicios que *no será disminuida durante su encargo*. Esta disposición ha tenido repercusión en varios ordenamientos latinoamericanos y ha dado lugar a diversas interpretaciones. Como una situación significativa se puede destacar una sentencia reciente de la Corte Suprema argentina, pronunciada el 15 de noviembre de 1985, por la cual se declaró fundada la acción de amparo que promovieron varios jueces federales contra las autoridades hacendarias por considerar que no respetaban el principio de no disminución de remuneración a los miembros del poder judicial federal consagrado por el artículo 96 de la Carta argentina. La Corte señaló que la intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del poder judicial de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios del organismo ejecutivo. Por otra parte, el más alto tribunal argentino estimó que dicha intangibilidad de remuneración comprende la conservación del poder adquisitivo de la misma y no exclusivamente su valor monetario formal, a causa del envilecimiento o degradación de las retribuciones judiciales, producida por la inflación.³⁵

48. *c1) Responsabilidad.* Ésta puede entenderse desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones, y en una dimensión más amplia también puede incluirse la responsabilidad procesal, de acuerdo con las atribuciones de los miembros de la judicatura en la dirección del proceso, y finalmente la de carácter político, a través de su intervención en los instrumentos de justicia constitucional.

49. Debido a la brevedad de este trabajo sólo haremos referencia a la responsabilidad en su sentido propio, y que abarca varios aspectos: patrimonial; administrativa o disciplinaria, y penal, por infracciones oficiales o comunes. La de carácter patrimonial tradicionalmente se había entendido como el pago de los daños y perjuicios ocasionados a las partes o a terceros por una conducta negligente o de ignorancia inexcusable del juzgador, que debía cubrir directamente el funcionario judicial responsable a causa de una decisión pronunciada en un proceso civil ordinario a instancia del afectado. Este concepto ha cambiado radicalmente en los ordenamientos constitucionales

³⁵ Cfr. Adolfo Armando Rivas, "Hacia un replanteamiento del amparo como instituto de defensa de jueces y magistrados", en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, 12 de febrero de 1986, pp. 257-264.

contemporáneos, en los cuales, con independencia de la responsabilidad personal de los miembros de la judicatura, se ha transformado en la obligación objetiva del Estado para resarcir a los gobernados los daños y perjuicios que sufran debido a una defectuosa prestación del servicio público jurisdiccional y que forma parte de la institución genérica de la responsabilidad patrimonial del Estado por la deficiencia o errores en la prestación de los servicios públicos.

50. Como sería muy complicado proporcionar un panorama comparativo de los instrumentos de las cartas contemporáneas sobre la responsabilidad del Estado en la impartición de justicia, acudimos al ejemplo de un precepto con un ámbito muy amplio, es decir, el contenido en el artículo 121 de la Constitución española de diciembre de 1978, de acuerdo con el cual: “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración (en realidad, impartición), de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.³⁶

51. La responsabilidad administrativa o disciplinaria implica una vigilancia permanente de la actividad de los jueces y magistrados, y se traduce en la imposición de sanciones tales como amonestación, multas, suspensión e inclusive destitución en los casos más graves. En esta materia también se ha producido una evolución, pues este tipo de sanciones correspondía generalmente a autoridades administrativas, como los Ministerios o Secretarías de Justicia y actualmente se encomiendan a los tribunales de mayor jerarquía, de acuerdo con el modelo angloamericano, pero también a órganos disciplinarios o bien a los Consejos de la Magistratura o de Justicia a los que nos referiremos más adelante (*infra* 102 a 110).

52. La responsabilidad penal es la de mayor gravedad, pues implica la imposición de sanciones por conductas que lesionan gravemente no sólo la prestación del servicio, sino que en ocasiones configuran delitos comunes u oficiales. Aun cuando este tipo de comportamiento judicial es excepcional, de cualquier manera los instrumentos represivos se otorgan también en beneficio de los jueces y magistrados en cuanto implican la necesidad de un juicio previo para imponer la sanción, incluyendo un procedimiento previo (antejuicio) o bien uno de carácter político, que asume varias modalidades, según se trata de delitos comunes o infracciones graves cometidas por los funcionarios judiciales con motivo de sus actividades públicas. En tal virtud no se puede someter directamente a un proceso penal a los jueces o magistrados sin que previamente se hubiese autorizado su enjuiciamiento

³⁶ Cfr. entre otros, Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

por los mismos tribunales superiores o por otros órganos del Estado.

53. *d) Autoridad.* La misma implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones y con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de sus decisiones. La misma autoridad del juzgador puede entenderse en sentido moral, en virtud de que no en todos los países se les otorga reconocimiento social por la importante labor que realizan. Es comprensible que este reconocimiento sea mayor en los países que siguen la tradición angloamericana del *common law*, por el papel esencial que se atribuye a la jurisprudencia judicial para la integración del ordenamiento jurídico. En sentido propio, los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos para imponer sus decisiones a las partes o a terceros. Son varias las constituciones contemporáneas que establecen la obligación de las autoridades públicas para otorgar auxilio a los tribunales en la ejecución de sus fallos. Entre otros podemos citar los artículos 209 de la Constitución de Venezuela de 1961, del mismo número de la portuguesa (1976-1982) y 313 de la de Honduras (1982).

54. El sector que implica mayores problemas es el relativo a la ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales ordinarios o especializados que implican una condena contra las autoridades administrativas, con mayor razón si esa condena es económica, puesto que existe una resistencia para su cumplimiento, tomando además en consideración los diversos privilegios que corresponden a dichas autoridades, entre ellas la imposibilidad del secuestro de bienes para forzar dicha ejecución, y por ello llega a hablarse de la "inejecución" de las propias sentencias.³⁷

55. *c) Las garantías de las partes.* Son aquellas que tienen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional y cuyos lineamientos esenciales se han consignado en las cartas constitucionales, inclusive en aquellas que podemos considerar como clásicas, puesto que tales derechos relativos a la *acción procesal* y al *derecho de defensa* o de *ausencia*, se han considerado como derechos fundamentales de la persona, reglamentados por los mismos textos constitucionales, con mayor amplitud en lo que se refiere al derecho penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal, y además, en todos los campos han sido recogidos por las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos.

56. *a1). La acción procesal.* El derecho de acción tradicionalmente

³⁷ Cfr. Jesús González Pérez, "La inexecución de las sentencias administrativas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436.

se estimó, a partir del proceso romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso, pero con las aportaciones de los juristas alemanes en la segunda mitad del propio siglo pasado, se reconoció a la acción el carácter de un derecho autónomo diverso del derecho sustantivo, y además de carácter abstracto, como derecho subjetivo público que correspondía a todo gobernado para solicitar del Estado la prestación jurisdiccional, puesto que se prohíbe, salvo casos excepcionales, el ejercicio de la autodefensa. Las cartas fundamentales recogieron esta concepción, con lo cual se constitucionalizó esta institución como un derecho de la persona humana. Pero este mismo derecho autónomo de carácter constitucional ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización jurídica, aun cuando en ocasiones no se advierta claramente en los textos constitucionales mismos.

57. En efecto, la concepción tradicional del derecho público subjetivo de acción consagrado en las cartas fundamentales, se caracterizó como un derecho individual frente al Estado para exigir la prestación jurisdiccional, con un significado puramente técnico, derivado del enfoque individualista y liberal de la igualdad formal de los gobernados, sin tomar en consideración: “los obstáculos de orden económico y social (podemos agregar los políticos y culturales), que limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana”, según lo dispuesto por el artículo 3º de la Constitución italiana de 1948; obstáculos que en el campo del proceso, entorpecen por una parte, la real participación de los justiciables y por la otra, la eficacia del proceso.

58. Los lineamientos renovadores de la acción procesal, considerada como un derecho a la justicia y no simplemente a la prestación jurisdiccional estrictamente formal, no se ha reflejado directamente en los preceptos constitucionales puesto que la mayoría de los ordenamientos se refiere sólo al derecho de acudir a los tribunales, e inclusive algunos lo han comprendido dentro de las disposiciones que consagra el derecho genérico de petición. Por otra parte, resulta lógico que las cartas constitucionales más recientes consagren en sus textos un concepto más amplio y moderno de la acción procesal, y entre ellos podemos destacar el artículo 24 de la Constitución española de 1978 que regula la “tutela judicial efectiva”.³⁸

59. Por otra parte, la transformación del derecho de acción procesal se advierte con mayor claridad en los instrumentos internacionales, especialmente en los convenios sobre derechos humanos que hemos citado con anterioridad (ver *supra* 42). Aun cuando los preceptos

³⁸ Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984.

internacionales citados son similares, debe subrayarse el contenido del artículo 6º del Convenio europeo, en cuanto utiliza la calificación de “equitativa” para la tramitación del proceso.

60. Pero el propio derecho procesal de acción no debe examinarse como un instrumento aislado que únicamente permite el acceso a la jurisdicción, sino que es preciso vincularlo con otras instituciones procesales, como el llamado “derecho de defensa” o también “garantía o derecho de audiencia”, si se toma en consideración que existe consenso doctrinal en cuanto al carácter bilateral de la propia acción, es decir, que corresponde tanto al actor o al ministerio público como al demandado o al acusado. Además debemos vincular la acción con el complejo instrumento denominado por algunos textos constitucionales como “debido proceso legal”, así como con otros medios procesales que dan contenido al derecho fundamental y que sólo para efectos de estudio desglosamos más adelante, si es que se pretende que la acción procesal no sólo signifique la posibilidad real de acudir a los tribunales, sino que garantice el resultado efectivo de su ejercicio.³⁹

61. La vinculación del derecho de acción con el ordenamiento constitucional y por tanto, con el régimen político en el cual se hace valer, fue señalado con gran penetración por el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei en su clásico estudio sobre “la relatividad del concepto de acción”.⁴⁰

62. Aun cuando son numerosas las repercusiones que posee el estado Social de Derecho o Estado de Bienestar sobre las instituciones procesales y en particular sobre el derecho de acción, podemos destacar dos aspectos que consideramos esenciales y que actualmente son objeto de análisis por la doctrina que pretende la renovación del procesalismo científico. Nos referimos, por una parte, a la asesoría jurídica, y por la otra a la tutela de los llamados intereses difusos, personales o fragmentarios.

63. a2) *Asesoría jurídica*. Esta institución no sólo se plantea dentro del campo estrictamente procesal, sino que tiene una proyección mucho más amplia puesto que abarca un asesoramiento técnico, que pue-

³⁹ Como lo señala certeramente Jesús González Pérez, *op. cit.*, pp. 39-40, dicho derecho a la “tutela jurisdiccional”, es decir, de acción procesal: “. . . despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia.”

⁴⁰ Este clásico estudio fue publicado en el volumen que contiene sus *Estudios de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bibliografía Argentina, 1961, pp. 135-160. Otro excelente estudio en el cual se analiza esta concepción de Calamandrei, es el elaborado por Víctor Fairén Guillén, “La acción, derecho procesal y derecho político”, en sus *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 70-75.

de asumir carácter preventivo en cuanto al surgimiento de conflictos, litigios o controversias, de acuerdo con lo que los juristas angloamericanos califican de *legal advice*, dentro de la cual quedaría comprendida la de naturaleza judicial o procesal (*legal aid*), esta última con desarrollo en épocas anteriores.

64. No es nuestro propósito señalar, así fuera brevemente, la evolución de la asesoría jurídica y procesal a partir de las transformaciones del Estado liberal clásico, hasta llegar a la nueva concepción de la organización política y constitucional de nuestra época, pero es significativo que los cambios más importantes se produjeran en los primeros años de esta segunda posguerra, cuando se inicia la consolidación del Estado de Bienestar, como lo demuestra la *Legal Aid and Advice Act* promulgada en Inglaterra en el año de 1949, que debe considerarse el punto de partida de una transformación de los sistemas tradicionales y que motivó un cambio esencial en esta materia en numerosos ordenamientos contemporáneos.

65. Desde el punto de vista del derecho constitucional de acción, la socialización jurídica del Estado contemporáneo ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo por todos los gobernados y no sólo por aquellos que cuentan con los medios económicos y el asesoramiento para acceder en forma adecuada a la prestación jurisdiccional. En otras palabras, de un simple derecho formal la acción procesal se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.⁴¹

66. Es muy conocida, como para repetirla en esta oportunidad, la evolución del sistema de asesoramiento jurídico a partir de la legislación inglesa de 1949, mencionada anteriormente, y especialmente las instituciones introducidas en los Estados Unidos por la *Economic Opportunity Act* expedida en 1964, de acuerdo con la cual se creó el llamado *Legal Services Program* en 1965, el que ha tenido un desarrollo excepcional en los años siguientes, con la introducción de las oficinas jurídicas de asistencia jurídica (*Neighborhood Law Offices*), las cuales han servido de modelos para instituciones similares en varios ordenamientos posteriores.⁴²

⁴¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano", en la obra colectiva *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, Manuel Porrúa, México, 1979, tomo I, pp.279-326.

⁴² Además de numerosos artículos, puede consultarse el excelente libro de Bryant Garth, *Neighborhood Law Firms for the Poor. A comparative study of recent developments in legal aid and in the legal profession*, Alphen an den Rijn, Holanda, y Rockeville, Maryland, Estados Unidos, Sitjhoff and Noordhoof, 1980, pp. 17-51, por lo que se refiere a Norteamérica. En las páginas siguientes dicho autor examina la trascendencia de la institución a numerosos ordenamientos, especialmente los de Inglaterra y Gales, Canadá, Australia, Bélgica y Noruega.

67. Lo que debe destacarse en esta evolución es la tendencia hacia el establecimiento de un verdadero sistema de *seguridad social de carácter jurídico*, paralelo a los servicios médicos y que se amplía de manera paulatina no sólo en beneficio de las personas que carecen de recursos económicos, sino a todas aquellas que no pueden afrontar total o parcialmente, los gastos cada vez más elevados de la prestación jurisdiccional y de la defensa asumida por abogados particulares.

68. Este sistema de seguridad social jurídica tiene su equivalente en los ordenamientos socialistas de acuerdo con el modelo de la Unión Soviética, que se traduce en servicios de asesoramiento jurídico, tanto de consulta como de auxilio procesal, que se prestan ya sea de manera gratuita o a través de una remuneración reducida, a las personas que carecen de recursos suficientes. Estos servicios se prestan por bufetes u oficinas de abogados de carácter oficial, puesto que está prohibido el ejercicio libre de la abogacía.⁴³

69. b2). *Tutela de los intereses difusos*. En primer término es necesario partir de una idea, así sea provisional, sobre lo que debe entenderse por citados intereses, también calificados como transpersonales o fragmentarios, que son aquellos que corresponden a un número indeterminado de personas que no están agrupadas o asociadas para la defensa de sus intereses comunes, como ocurre con los sindicatos de obreros y campesinos, los colegios profesionales o las cámaras empresariales, sino que forman conglomerados dispersos, como son los integrados por los consumidores, los afectados con la contaminación, los interesados en defender el patrimonio artístico y cultural, o los que se oponen al deterioro de las zonas urbanas o pretenden su mejoramiento.⁴⁴

70. Este material ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina procesal en los últimos años debido a las transformaciones legislativas y las corrientes jurisprudenciales que han reconocido la necesidad de tutelar los citados intereses de sectores sociales indeterminados, pero que asumen una creciente importancia en la vida social contemporánea, especialmente debido a los problemas, también en

⁴³ Cfr. Paoli Pecori, "Il costo" del processo civile e i non abbieti nell'Unione Sovietica", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, abril-junio de 1970, pp. 261-262; Donald D. Barry, y Harold J., Berman, "The Soviet Legal profession", en *Harvard Law Review*, noviembre de 1968, especialmente pp. 12-16; Lawrence M., Friedman y Zile, Zigurds, "Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice", en *Wisconsin Law Review*, enero de 1964, pp. 39 y ss.

⁴⁴ No es sencillo elaborar un concepto preciso de los llamados intereses difusos, puesto que se trata de una institución que se encuentra en un período de formación, pero puede señalarse el penetrante examen realizado por el joven procesalista español Manuel Lozano Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pp. 148-155.

aumento, de la industrialización, el desarrollo tecnológico, la concentración urbana, entre otros, que afectan de manera considerable a dichos grupos de composición incierta.

71. Si tomamos en cuenta la evolución que se advierte en este campo desde el punto de vista del derecho comparado, existen tres soluciones esenciales de carácter legislativo: I) La primera, que se puede calificar de tradicional, confiere al ministerio público la facultad de promover la defensa procesal de los intereses colectivos de carácter social, cuando los mismos no corresponden a grupos o asociaciones determinadas; II) El otorgamiento de legitimación a personas o asociaciones privadas de la facultad de acudir al proceso en representación de los citados intereses difusos, con la previa autorización del ministerio público (*Attorney General*), por conducto de lo que se ha calificado como *relator actions*, reguladas por los ordenamientos de Inglaterra y de otros países de la familia del *common law* como Australia y Nueva Zelanda; III) El acceso directo de las propias personas o asociaciones en representación de los mencionados intereses transpersonales, de acuerdo con las llamadas *class o public interest actions*, que se han desarrollado particularmente en los Estados Unidos, pero que también han dado lugar a reformas legislativas y desarrollo jurisprudencial en varios países de Europa Continental.⁴⁵

72. Por lo que se refiere a América Latina, podemos señalar una evolución que se inicia con la protección de los intereses de los consumidores, en particular de manera preventiva, y al respecto se destacan como ejemplos las leyes de protección y defensa del consumidor expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974); Costa Rica (28 de febrero de 1975, con reformas en 1982), así como la Ley Federal mexicana de Protección al Consumidor de 19 de diciembre de 1975, en vigor a partir del 5 de febrero de 1976, con reformas recientes. En estos ordenamientos se establecen organismos especializados en la tutela de los dere-

⁴⁵ Cfr. A. Gambaro (Editor), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976; Vittorio Denti (Editor), *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, Padova, Cedam, 1976; Mauro, Cappelletti, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núms. 105-106, enero-junio, pp. 73-102; *Id.* "Formaciones sociales intereses de grupo frente a la justicia civil", trad. de Raúl Brañes, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40; Mauro Cappelletti y Bryant Garth, "The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interest in Civil Litigation. Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", en el volumen colectivo *Effektiver Rechtschutz und verfassungsmässige Ordnung - Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1984, pp. 117-159.

chos de los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios, pero sin llegar a la tutela procesal, pues sólo funcionan como asesores y en ciertos casos como conciliadores y árbitros.⁴⁶

73. El ordenamiento de nuestra región en el cual se ha hecho un avance sustancial en la protección procesal de los citados intereses difusos es el brasileño, primero a través de la *acción popular* prevista por el artículo 153, párrafo 31, de la Constitución Federal de 1967-1969, todavía en vigor, y reglamentado por la ley 4717 de 29 de junio de 1965. Dicha institución tiene por objeto la anulación de los actos lesivos al patrimonio de las entidades públicas, pero la citada ley la regula con un criterio flexible, pues admite su ejercicio para tutelar como correspondientes a dicho patrimonio los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico, de manera que se emplea válidamente, de acuerdo con la jurisprudencia, por personas y asociaciones que promueven la protección procesal de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano o el patrimonio artístico y cultural.⁴⁷

74. Más recientemente el Congreso federal brasileño expidió la ley 7 347, de 24 de julio de 1985, publicada al día siguiente, que regula la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico, sin perjuicio de la acción popular señalada en el párrafo anterior. Dicha acción (en realidad, pretensión) así como las medidas precautorias correspondientes, puede solicitarse ante el juez que resida en el lugar en el cual se efectúa o pretenda realizarse el daño, por el ministerio público; por la Federación, por los estados y municipios; los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta, o por asociaciones privadas, estas últimas cuando incluyan en sus finalidades institucionales la protección de los citados intereses.

75. b1) *El derecho de defensa o debido proceso legal*. Es la traducción del concepto angloamericano del *due process of law*, consagrado expresamente en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos introducidas en 1789 y 1868, respectivamente, con una gran repercusión, especialmente la primera de ellas, en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, tomando en cuenta también la

⁴⁶ Cfr. Academia Mexicana de Derechos Humanos. Instituto Nacional del Consumidor, *El consumidor y los derechos humanos*, México, 1985.

⁴⁷ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados "interesses difusos", en la obra *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Vol. V., Milano, Giuffé, 1979, pp. 2673-2692; *Id.*, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en la obra *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, Argentina, 1981, tomo II, pp. 1228-1240.

tradición española del llamado derecho de defensa o de audiencia en juicio, pues ambas instituciones significan que nadie puede ser afectado en sus derechos sin ser oído ni vencido previamente en un proceso.⁴⁸

76. En realidad, como lo hemos sostenido (*supra*, 60), el derecho de defensa, audiencia o debido proceso está vinculado a la acción procesal, puesto que la misma tiene carácter bilateral, y no podemos concebir actualmente esta última sino se ejercita a través de un procedimiento que permita la adecuada defensa de las dos partes, puesto que la propia acción implica no sólo el inicio sino la continuación del proceso hasta sus últimas etapas, incluyendo la ejecución, con excepción de la de carácter penal.

77. Sólo para efectos de estudio podemos aislar el debido proceso legal o derecho de defensa. Es una institución muy compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales tales como la publicidad del proceso, el derecho al juez natural (es decir, nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción, o sometido a la justicia militar si no pertenece al ejército), la oportunidad probatoria, etc. Pero también abarca aspectos sustantivos, puesto que como lo han sostenido las Cortes Supremas de Estados Unidos y de Argentina, la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada.⁴⁹

78. Uno de los aspectos esenciales del debido proceso en el derecho procesal contemporáneo es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes* como aplicación del principio genérico de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

79. Esta igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto del que pretende establecer la corriente contemporánea del procesalismo científico, que persigue la superación de situaciones formalistas, como las que han predominado en la mayoría de los códigos procesales de carácter tradicional. En tal virtud, la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas se ha

⁴⁸ Cfr. Vincenzo Vigoriti, "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)", en *Rivista di diritto processuale*. Padova, 1965, pp. 516-533; *Id. Garanzie costituzionale del processo civile (Due process of Law e art. 24 cost.)*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁴⁹ Cfr. Juan Francisco, Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2a. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1970.

interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica, y en este sentido podemos parafrasear al procesalista Piero Calamandrei (ver *supra* 61); sobre la “relatividad del contradictorio”, de acuerdo con su concepto del “nuevo significado del principio de igualdad de las partes”.

80. La rama del proceso en la cual se inició esta nueva orientación de la igualdad real de las partes es la del derecho procesal laboral que surgió precisamente con motivo de la comprobación de que en los conflictos obrero-patronales existe una parte débil. Al respecto destacan las reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre el principio de “igualdad por compensación” para lograr el equilibrio de las partes en el propio derecho procesal del trabajo,⁵⁰ pero que también tiene aplicación en el proceso penal por conducto del principio similar denominado *in dubio pro reo*, tanto en el contenido del fallo como en el procedimiento. Otro principio de equilibrio de las partes en el proceso penal es el relativo a la *presunción de inocencia*, que consagran la mayoría de las constituciones contemporáneas, y que tiene importantes repercusiones procesales.⁵¹

— III. Poder Judicial y derecho administrativo —

81. El aspecto administrativo del poder judicial es uno de los sectores menos explorados por la doctrina tradicional, pero que ha asumido una gran importancia debido al aumento considerable de los conflictos jurídicos en las sociedades de nuestra época, y la tecnificación de los mismos por los cambios acelerados de carácter social, económico, político y cultural, lo que ha obligado diversificar los órganos de solución de los propios conflictos, entre ellos los tribunales, y éstos se han especializado en forma creciente para poder resolver las controversias que se les plantean, tomando en cuenta que como lo ha señalado la doctrina, el proceso moderno es también un fenómeno social de masas.⁵²

82. Además de los problemas relativos a la organización judicial que en la actualidad resulta muy compleja, y que no podemos abordar en este estudio breve y panorámico, consideramos que los dos sectores

⁵⁰ “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en su libro *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1948, pp. 275-276.

⁵¹ Cfr. entre otros, Santiago Sentís Melendo, *In Dubio Pro Reo*, EJE, Buenos Aires, 1971; José Luis Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

⁵² Cfr. Mauro Cappelletti, “El proceso como fenómeno social de masa”, en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., pp. 131-138.

esenciales que se vinculan con los aspectos administrativos del poder judicial, es decir, la verdadera “administración de la justicia” se refieren por una parte: *a*) la necesidad de la preparación especial de los jueces a través de estudios especializados de carácter profesional y en las escuelas judiciales, así como los sistemas de selección y nombramiento, y *b*) los instrumentos de gobierno de la judicatura, que tradicionalmente se encomendaban a las secretarías o ministerios de justicia, en el sistema continental europeo o a los tribunales de mayor jerarquía en los ordenamientos angloamericanos.

83. A) *Preparación, selección y nombramiento de los jueces.* De acuerdo con la concepción tradicional de la función secundaria y estrictamente de aplicación jurídica de los jueces, que como hemos dicho derivó de la filosofía judicial establecida en la revolución francesa, predominó en los sistemas de tradición romanista, inclusive los latinoamericanos (no obstante la influencia que en derecho público tuvo en nuestra región el ordenamiento constitucional norteamericano) la idea de que era suficiente la preparación de las Escuelas de Derecho para desempeñar las funciones judiciales, una vez obtenida la licenciatura.

84. Sin embargo, al modificarse este criterio y reconocerse la actividad creadora e integradora de los tribunales, y además, a causa del fenómeno que hemos mencionado reiteradamente, de la tecnificación de los conflictos jurídicos y la especialización de los tribunales, se ha reconocido la necesidad de estudios posteriores a la licenciatura que permitan a los aspirantes a las funciones judiciales contar con los conocimientos necesarios para poder desempeñar el servicio público de la impartición de justicia.

85. *a*) Por lo que se refiere a la *preparación especializada* se ha puesto de relieve que el juez contemporáneo no sólo es funcionario técnico, sino que desde el punto de vista sociológico es un mediador institucional de conflictos jurídicos, y por ello no sólo se requiere que sea un excelente jurista, sino también, y de manera esencial, un profundo conocedor de la sociedad en que vive, de manera que esté capacitado para percibir lo que existe bajo la superficie del conflicto inmediato que se somete a su decisión, y las consecuencias e implicaciones que va a tener su resolución.⁵³

86. Pueden reducirse a tres los sistemas de preparación de los juzgadores que predominan en nuestra época: *a1* El de carácter tradicional que todavía permanece en algunos ordenamientos, especialmente en Latinoamérica, de acuerdo con el cual es suficiente la licenciatura obtenida en las Escuelas de Derecho para desempeñar funciones judi-

⁵³ Cfr. Miguel Carmona Ruano, “La selección y formación del juez profesional”, en *Documentación jurídica*, Núms. 42-44, Madrid, abril-diciembre de 1984, pp. 595-621, esp. pp. 599-602.

ciales, además de algunos años de práctica profesional, cuyo desempeño no es necesario acreditar; b2) El que todavía subsiste en varias legislaciones en Europa continental, en el sentido de que una vez obtenida la licenciatura es preciso realizar una práctica profesional en los organismos o centros de práctica jurídica, como los tribunales, oficinas administrativas o despachos de abogados (*stage* o tirocinio). Posteriormente debe sustentarse un examen oficial para acreditar dicha práctica y lograr la autorización para el ejercicio profesional, incluyendo el ingreso a la función judicial, sin perjuicio de los exámenes de oposición cuando existe una carrera judicial, y c1 La necesidad de realizar estudios de posgrado en los institutos de preparación profesional o judicial que se han establecido en las Universidades, y además, en los ordenamientos en los que existen, realizar estudios en las escuelas judiciales que se han incrementado en los últimos años.⁵⁴

87. Para ilustrar la preparación profesional posterior a los estudios universitarios podemos señalar los ejemplos de Inglaterra, por una parte, y de la República Federal de Alemania, por la otra. En el sistema británico, cuya judicatura goza de gran prestigio, los jueces son designados entre los abogados más connotados después de una amplia práctica profesional, y ha influido considerablemente en Canadá y los Estados Unidos. En Alemania, los egresados de las Facultades de Derecho, después del examen estatal correspondiente, deben efectuar una práctica profesional de dos años (*Referendardienst*) en los tribunales, oficinas de la administración pública y en los despachos de abogados, con el objeto de que puedan adquirir los conocimientos técnicos y prácticos de las diversas profesiones jurídicas y puedan sustentar con éxito el segundo y severo examen estatal (*Assesorexamen*) que los autoriza para el ejercicio de tales profesiones, incluyendo la judicatura, pero en este último caso se sigue, además, un procedimiento especial de selección (*infra* 100).

88. Por lo que se refiere a los estudios especializados, los mismos pueden estar encomendados a las universidades públicas o bien, a los institutos o escuelas judiciales, sin que ambos instrumentos se excluyan. Como un ejemplo de la combinación de los dos sistemas, podemos mencionar a los ordenamientos de España y Francia, puesto que en ambos, además de las escuelas judiciales, se han creado en las universidades respectivas, institutos de práctica profesional posteriores a la licenciatura, que permiten a los egresados realizar una preparación práctica para presentar después los exámenes de ingreso a las diver-

⁵⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Selección y nombramiento de jueces", en la obra colectiva *Toward a Justice with a Human Face. The First International Congress on the Law of Civil Procedure (Ghent, 1977)*, Antwerpen (Bélgica) y Deventer (Holanda), Kluwer, 1978, pp. 407-458.

sas profesiones jurídicas. En Francia se ha establecido, además, centros o institutos de estudios judiciales orientados a la preparación de los alumnos para presentar los exámenes de ingreso a la escuela judicial.

89. El instrumento más elaborado en la preparación especializada de los aspirantes al desempeño de cargos judiciales, se encomienda a los *centros o escuelas judiciales*, como un paso previo y obligatorio al ingreso de la judicatura, y también del ministerio público, puesto que ambas actividades están estrechamente vinculadas. Se advierte un movimiento que lleva a la creciente implantación de dichos centros y escuelas y sólo por vía de ejemplo, señalaremos los que consideramos más significativos.

90. Las primeras escuelas judiciales propiamente dichas se implantaron en los ordenamientos de España y Francia. En efecto la Escuela Judicial española se creó por la Ley de 26 de mayo de 1944, y permaneció con ese nombre, aun cuando con varios cambios en su estructura y planes de estudio hasta que fue sustituida recientemente por el Centro de Estudios Judiciales, creado por el artículo 434 de la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada el 2 de julio de 1985. Por lo que se refiere a la legislación francesa, en 1958 se introdujo el Centro Nacional de Estudios Judiciales, pero la Ley Orgánica de 1970 lo transformó en Escuela Nacional de Magistratura, denominación que lleva en la actualidad.

91. Una institución de gran prestigio, aun cuando no está orientada como las anteriores de manera exclusiva a los estudios judiciales, el el Instituto Japonés de Estudios Jurídicos, creado por Decreto de 6 de julio de 1947, que tiene por objeto la preparación de los egresados universitarios que pretenden ejercer las diversas profesiones jurídicas. Los exámenes son muy estrictos y sólo un porcentaje reducido logra ingresar y superar las enseñanzas teóricas y prácticas que se imparten. Sin embargo dicho instituto se ha orientado de manera preferente a los aspirantes a los cargos judiciales, pero también se ha preocupado por el perfeccionamiento de los jueces y magistrados en ejercicio.

92. A partir de entonces se advierte una clara tendencia hacia el establecimiento de estos centros, institutos o escuelas judiciales. En un breve inventario destacamos las siguientes: la Alta Escuela Judicial establecida en la República Democrática Alemana entre 1947-1953, en 1965 se crea el *National Judicial College of the Estate Judiciary*, hoy *The National Judicial College*, para la preparación de jueces locales y el *Federal Judicial Center* surgido en 1967 bajo la dependencia de la Corte Suprema Federal y que entre sus funciones posee la de organizar cursos de preparación y perfeccionamiento de los jueces federales. En 1978 inicia sus actividades el Centro de Estudios Judiciales de la provincia argentina del Chaco; en 1979 la Escuela de Jueces de la Universidad de Chile, y en noviembre del mismo año la Escuela Judi-

cial de la Provincia también argentina de Santa Fe.⁵⁵ Dentro de esta evolución también debe mencionarse el Centro de Estudios Judiciales introducido por el Decreto-Ley portugués de 10 de septiembre de 1979.⁵⁶ En el ordenamiento mexicano se han creado el Instituto de Especialización Judicial en la Suprema Corte de Justicia y los Centros de Estudios Judiciales dependientes de los Tribunales Superiores del estado de Jalisco (1983) y del Distrito Federal (1985).

93. *b) Selección de los juzgadores.* No resulta sencillo delimitar los conceptos de selección y nombramiento de los miembros de la judicatura, pues se encuentran estrechamente vinculados, y pueden considerarse como dos momentos del mismo procedimiento. Para efectos de estudio debemos entender por selección 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. Tales criterios son muy variables y con el tiempo se han hecho cada vez más complejos puesto que van de las simples exigencias de edad, título universitario y práctica profesional apreciables discrecionalmente por el mismo órgano que debe hacer el nombramiento, hasta los instrumentos complicados en los cuales intervienen diversos factores y varios organismos, que se combinan con exámenes oficiales y concursos de oposición.

94. *c) Nombramiento de los jueces.* En esta materia se ha puesto de relieve que son dos los sistemas esenciales de ingreso a las funciones judiciales, por un lado la designación (*Appointment*) y por el otro, la elección (*Election*) de los candidatos, ya sea que los mismos hubiesen sido objeto previamente de un procedimiento de selección o por el contrario, cuando la selección sea concomitante con su acceso a la judicatura, pero de estos dos sistemas esenciales, que generalmente no se utilizan en forma exclusiva, derivan procedimientos intermedios que en época reciente se han vuelto bastante sofisticados. Por lo que se refiere al segundo de dichos instrumentos, el sistema moderno de elección de los jueces surgió primeramente en los Estados Unidos, apartándose de la tradición inglesa, con el objeto de lograr la democratización de los procedimientos de nombramiento, que se consideraron autoritarios, pero sólo en la esfera de las Entidades Federativas, y con la tendencia hacia su cambio por los instrumentos intermedios, puesto que como es notorio, la Constitución Federal regula la designa-

⁵⁵ Néstor Pedro Sagués, "Las escuelas judiciales en el derecho comparado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*", Núm. 43, enero-abril de 1982, pp. 147-165.

⁵⁶ Alvaro Laborinho Lucio, "Formación de magistrados en Portugal. El Centro de Estudios Judiciales: organización y funcionamiento", trad. de Juan Miguel Zaragoza, en *Documentación Jurídica*, op. cit., pp. 757-769.

ción de los jueces federales, por el Presidente de la República con aprobación del Senado.⁵⁷

95. También en los países socialistas se ha impuesto el sistema de elección directa de los jueces profesionales, con exclusión de los pertenecientes a los tribunales supremos, precisamente con la misma idea que imperó en los Estados Unidos a principios del siglo anterior, de democratizar la administración de justicia, criterio que se combinó con la elección de asesores legos en todos los grados de la jurisdicción, con el objeto de reforzar la participación directa de los justiciables, lo que se hace patente en el concepto de “tribunales populares”, como ocurrió desde los primeros años de la implantación del sistema socialista en la Unión Soviética.⁵⁸

96. El procedimiento de designación proviene de la tradición de la monarquía absoluta en la cual el soberano era depositario de la jurisdicción y por lo tanto le correspondía nombrar y remover libremente a los juzgadores, pero al iniciarse la democracia constitucional a fines del siglo XVIII, si bien el nombramiento queda comprendido en las facultades del jefe de Estado o del Gobierno, su decisión debe ser compartida con los órganos parlamentarios. El sistema de designación en sentido estricto asume cuatro modalidades esenciales. En un primer supuesto se encomienda al organismo ejecutivo en forma exclusiva, como ocurre en Inglaterra, país en el cual la Corona, a través del Lord Canciller -es decir, el Gobierno- efectúa los nombramientos judiciales, procedimiento que, con algunas variantes han seguido varios países de la *Commonwealth*, y para no citar sino algunos, podemos señalar a Canadá cuyos jueces son designados en su mayor parte por el Gobernador general y el mismo criterio se ha adoptado en Australia.

97. De acuerdo con un segundo procedimiento, se confiere a los órganos legislativos la designación de los juzgadores, como puede observarse respecto de los magistrados de las Cortes Supremas de los países socialistas, quienes son nombrados por el Soviet Supremo o por las Asambleas populares respectivas, lo que ocurre también con algunos ordenamientos latinoamericanos que confieren esta función a sus organismos parlamentarios.

98. Una combinación de ambos métodos se advierte con el nombramiento de los jueces federales en los Estados Unidos, según indicamos con anterioridad, procedimiento que ha servido de modelo a varios países latinoamericanos para la designación de los magistrados de sus tribunales supremos. Todavía podemos describir un cuarto sistema, el

⁵⁷ Glenn R. Winters, “Selection of Judges. An Historical Introduction”, en *Texas Law Review*, junio de 1966, pp. 1081-1087.

⁵⁸ Cfr. V., Terebílov, *El sistema judicial en la URSS*, trad. de Federico Pita, Editorial Progreso, Moscú, 1977, pp. 42-48.

de la cooptación que se practica tratándose de los jueces inferiores designados por los tribunales de mayor jerarquía, según se ha establecido en una buena parte de los países latinoamericanos, señalándose como ejemplos los casos de México y de Uruguay.

99. Los sistemas intermedios derivan de la tendencia reciente de combinar la posibilidad de nombrar funcionarios judiciales con la manifestación de la voluntad popular, y en esta dirección se han mencionado los llamados planes de Missouri y de California. En efecto, según el procedimiento implantado en el estado de Missouri desde 1940 e incorporado a la Constitución local aprobada en 1945, se crearon dos Comisiones de Nombramientos Judiciales, la primera destinada a los tribunales de apelación y la segunda para los jueces de primera instancia, ambas formadas por los presidentes de la Suprema Corte y de la Corte de Apelación del Distrito respectivo del Estado, incluyendo representantes de los justiciables y de los abogados. El sistema implantado en el estado de California a partir de 1934, debe considerarse como una variante del anterior puesto que se apoya en una Comisión de Nombramientos Judiciales integrada sólo por los Presidentes de la Suprema Corte del estado, del tribunal de apelación o del tribunal de distrito respectivo, según la jerarquía de la vacante. En ambos supuestos las citadas comisiones proponen candidatos al Gobernador para que efectúe el nombramiento, pero normalmente se consulta también con el colegio de abogados. En las dos entidades el nombramiento es por un año, y al término del mismo debe hacerse una consulta popular sobre la continuación del cargo, que de ser confirmado, se extiende por varios años, con la posibilidad de una nueva votación para un segundo periodo. Estos dos modelos se han extendido a otras Entidades Federativas, con predominio del de Missouri, como ocurre entre otros con los ordenamientos de Kansas (1958); Alaska (1959), Iowa y Nebraska (1962).⁵⁹

100. También es conveniente destacar que tratándose del sistema de designación se han establecido procedimientos para asesorar al órgano que debe efectuarla, como en el sistema imperante en la República Federal de Alemania, pues según los artículos 95, inciso 3, y 96, inciso 2, de la Ley Fundamental, la facultad para nombrar a los jueces federales y locales se confiere a los ministros de Justicia respectivos, pero asistidos por una Comisión de Nombramiento Judicial (*Richterwahlausschuss*), la que, tratándose de los jueces federales se integra con los ministros de Justicia de las Entidades Federativas (*Länder*) y por un número igual de miembros electos por la Cámara Federal (*Bundes-*

⁵⁹ Cfr. Robert A. Schroeder y Harry A. Hall, "Twenty Five Years with Merit Judicial Selection in Missouri", en *Texas Law Review*, junio de 1956, pp. 1088-1097.

tag). En las propias Entidades Federativas las comisiones se componen de varias maneras, pero en su mayor parte con miembros del parlamento local, jueces, y en ocasiones con representantes del Ejecutivo. Dichas comisiones proponen candidatos al ministro de Justicia respectivo, a fin de que se encuentre en condiciones de nombrar a los jueces más idóneos, pero además, el Ministro debe consultar previamente al Consejo de Jueces (*Prasidialrat*), de los tribunales respectivos, cuya opinión no es obligatoria, pero generalmente se respeta.⁶⁰

101. Otro instrumento reciente es el relativo al Consejo de la Magistratura o de Justicia, que interviene ya sea para formular el nombramiento o bien para hacer proposiciones a los encargados de hacerlos, pero como dichos consejos también funcionan en varios ordenamientos como órganos de gobierno, nos referiremos a ellos más adelante (*infra* 102 a 110). Por otra parte, en los Estados Unidos, algunas de las entidades en las cuales corresponde a los gobernadores efectuar los nombramientos judiciales, se han creado Comisiones o Comités de Nombramientos Judiciales, con el objeto de proponer a los mencionados gobernadores los candidatos más aptos para jueces locales, según los procedimientos introducidos en los estados de Florida (1974) y Nueva York (1976).

102. B) *Gobierno de la judicatura*. Tradicionalmente, según hemos dicho, el gobierno de los organismos judiciales correspondía ya sea a los ministerios o secretarías de Justicia en el sistema continental europeo y a los tribunales de mayor jerarquía en la familia angloamericana o del *common law*. Por lo que respecta a los primeros y debido a la interferencia del Ejecutivo a través de los citados ministerios de Justicia, surge en la segunda posguerra el *Consejo de la Magistratura o de Justicia*, con diversas modalidades, pero en todo caso como una solución al problema de la independencia del organismo judicial frente a los otros órganos del poder en cuanto a la designación, ascenso y vigilancia de los jueces.

103. Este organismo tiene precedentes, pero en su forma actual se creó en el artículo 84 de la Constitución francesa de 1946, con el nombre de *Consejo Superior de la Magistratura*, perfeccionándose en el artículo 65 de la vigente carta fundamental de 22 de diciembre de 1958 y el decreto de 19 de febrero de 1959, con reformas posteriores. El Consejo está encabezado por el presidente de la República, quien puede ser sustituido por el ministro de Justicia, quien figura como vicepresidente; comprende también nueve miembros designados por el mismo presidente de la República mayoritariamente entre los miembros de

⁶⁰ Cfr. Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab, *Zivilprozessrecht*, (Derecho procesal civil), 10a. Ed., Munchen, 1961, pp. 97-98; Miguel Carmona Ruano, *La selección y formación del juez profesional*, op. cit., pp. 613-614.

la judicatura. Sus funciones esenciales consisten en formular propuestas para los nombramientos de los consejeros magistrados de la Corte de Casación y del primer presidente de las Cortes de Apelación; además actúa como tribunal disciplinario de todos los jueces, y en tal supuesto, es encabezado por el primer presidente de la Corte de Casación.

104. Con el mismo nombre, es decir *Consejo Superior de la Magistratura*, se introdujo en Italia una institución similar a la francesa en los artículos 104 y 105 de la Constitución republicana de 1948; preceptos reglamentados por la Ley de 24 de marzo de 1958 y el Decreto presidencial de 16 de septiembre de ese año, con reformas esenciales a través de las leyes de 15 de julio de 1965 y 18 de diciembre de 1967. Se trata de un organismo integrado esencialmente por representantes de la judicatura, pero del cual forman parte, de oficio, el presidente de la República, el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación, así como un número indeterminado de miembros designados por el parlamento entre profesores de Derecho o abogados con quince años de ejercicio. La función esencial de este consejo consiste en el conocimiento y decisión sobre los nombramientos, adscripciones, traslados, ascensos y medidas disciplinarias relativas a todos los jueces de la República italiana, con excepción de los magistrados de la Corte Constitucional. Siguiendo el ejemplo de los ordenamientos de Francia e Italia, la República de Turquía creó el *Consejo Superior de la Magistratura* en los artículos 143 y 144 de su Carta Fundamental de 1966, con estructura y funciones similares a los modelos que se tomaron en consideración, ya que en esencia le corresponde decidir de todas las cuestiones relativas a la calificación de los jueces. En el mismo sentido puede citarse el *Consejo Supremo Judicial*, regulado por el artículo 90 de la Constitución de Grecia de 1975.

105. En Europa continental también debe mencionarse el Consejo Superior de la Magistratura en el artículo 223 de la Constitución de la República Portuguesa, que entró en vigor el 25 de abril de 1976, reformada en 1982. Estos preceptos fueron reglamentados por la Ley número 85 de 13 de diciembre de 1977, denominada Estatuto de los Magistrados Judiciales, capítulo X, artículo 139 a 170. A su vez, el artículo 120 de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978, consagra al *Consejo General del Poder Judicial*, el cual fue reglamentado por su ley orgánica de 10 de enero de 1980, e incorporado por el título II, del Libro II (Del Gobierno del Poder Judicial), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicada el 2 de julio de 1985. Dicho consejo se integra por el presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte vocales nombrados por el Rey, pero electos por el Congreso de los Diputados y por el Senado, por un periodo de cinco años. De los vocales, cuatro deberán ser abogados o juristas de reconocida competencia con más de quince años en el ejercicio de su profesión y los otros

seis jueces y magistrados de todas las categorías judiciales que se hallen en servicio activo (artículos 111 y 112 de la citada Ley Orgánica).

106. Las funciones que desarrolla el Consejo General de Poder Judicial español son muy significativas, puesto que le corresponde las propuestas de nombramiento del presidente del Tribunal Supremo, que es además el titular del Consejo; también de un magistrado del Tribunal Supremo, y de presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas; funciona como tribunal disciplinario de los jueces y magistrados y decide sobre la separación y jubilación de los miembros del poder judicial (artículo 127 de la Ley Orgánica respectiva).

107. Esta institución ha tenido una amplia repercusión en los ordenamientos latinoamericanos, por lo que muy brevemente podemos señalar como el primero en ser introducido, el *Consejo Superior de la Judicatura* colombiano, creado por decreto 2798 de 21 de octubre y que fue transformado en *Tribunal Disciplinario* por ley de 20 de octubre de 1972. Se hizo un nuevo intento para restablecer la institución original en el artículo 148 de la reforma constitucional de diciembre de 1979, con el nombre de *Consejo Superior de la Judicatura*, integrado exclusivamente por magistrados judiciales y reglamentado por el decreto 3266 expedido el 28 de diciembre del mismo año de 1979. Sin embargo, tanto la citada disposición constitucional como su reglamento quedaron sin efecto con motivo de la resolución de la Corte Suprema de 3 de noviembre de 1981, por la cual declaró inconstitucional la mencionada reforma fundamental, por vicios de procedimiento.

108. En el ordenamiento peruano el organismo de gobierno del poder judicial ha tenido una evolución más firme y se le han otorgado facultades más amplias. Fue introducido con la denominación de *Consejo Nacional de Justicia* por Decreto-Ley número 18, 060 de 23 de diciembre de 1969, el cual fue objeto de modificaciones a través de la Ley Orgánica contenida en el Decreto-Ley número 18, 831 de 13 de abril de 1971, complementada por el Diverso Decreto-Ley 18, 985 de 12 de octubre y el Reglamento del Consejo de 23 de noviembre, ambos de 1971. La Constitución peruana promulgada el 12 de julio de 1979 pero que entró en vigor el 28 de julio de 1980 al iniciar sus funciones el gobierno constitucional que sustituyó al de las fuerzas armadas, modificó la institución anterior en sus artículos 245 a 249 que integran el Capítulo X del Título IV, intitulado, del *Consejo Superior de la Magistratura*, los que fueron reglamentados por el Decreto 25 expedido y promulgado por el presidente de la República el 30 de enero de 1981, previa revisión de la Comisión Permanente del Congreso y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En dicha ley orgánica se establece, además de un Consejo Superior integrado por el Fiscal de la Nación, designado por el mismo Consejo que preside y dos consejeros designados por

la Corte Suprema de Justicia; uno nombrado por la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú y otro por el Colegio de Abogados de Lima; dos consejeros electos por las facultades de Derecho de la República que tengan las mismas calidades que se requieren para magistrado de la Corte Suprema; también *Consejos Distritales de la Magistratura* que se integran cada vez que sea necesario proponer el nombramiento de un juez de primera instancia, un fiscal ante juzgado de la misma categoría, o un juez de paz letrado del respectivo distrito judicial. Se integran con el fiscal más antiguo del mismo distrito judicial, de los dos magistrados de mayor antigüedad de la respectiva Corte Superior y de dos consejeros designados por el colegio de abogados de la jurisdicción.

109. Uno de los organismos que posee extensas facultades de gobierno y administración del poder judicial, puesto que abarca el nombramiento de jueces y magistrados —con exclusión de los de la Corte Suprema—, ejerce facultades disciplinarias y conoce de la promoción, traslado y remoción de los integrantes de la judicatura, es el *Consejo de la Judicatura* introducido por el artículo 217 de la Constitución venezolana de 23 de enero de 1961, y regulado a través de las reformas introducidas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 30 de junio de 1956, por leyes de 26 de agosto y 16 de septiembre de 1969, así como por el Reglamento expedido por el propio Consejo el 5 de octubre de 1973, publicado el 3 de diciembre siguiente.

110. También es posible señalar en esta evolución de los ordenamientos latinoamericanos, al *Consejo Nacional de la Magistratura* del Brasil que fue creado por la reforma de 1977 al artículo 120, párrafo 20, a la Constitución de 1967-1969, y regulado por los artículos 50-60 de la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional de 14 de marzo de 1979. El *Consejo Superior de la Judicatura* introducido por el artículo 9 del decreto o Acto Institucional número 12 de Uruguay, promulgado el 10 de noviembre de 1981; y el *Consejo Nacional de la Judicatura* establecido por el artículo 187 de la Constitución salvadoreña de 16 de diciembre de 1983.⁶¹

⁶¹ La bibliografía también es amplia, por lo que nos limitaremos a destacar algunos trabajos significativos: Luigi Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, Jovene, 1973; Alessandro Pizzorusso, "El Consejo Superior de la Magistratura en Italia", en trad. de José María Morenilla Rodríguez, en *Documentación Jurídica*, op. cit., pp. 657-686; Héctor Fix-Zamudio, "Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela de 5 de octubre de 1973", y "La Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial español, de 10 de enero de 1980", las dos en *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, Núms. 11 y 32 correspondientes a los meses de julio-septiembre de 1974, enero-abril de 1981, pp. 485-495 y 261-268, respectivamente.

IV. Poder judicial y derecho procesal

111. A) *El juez como director del proceso*. Existe una estrecha vinculación entre el organismo judicial y los ordenamientos procesales, puesto que son estos últimos los que sirven de instrumento para el servicio público de la prestación jurisdiccional. Esta relación indisoluble entre la judicatura y las normas procesales fue destacada por dos de los más ilustres procesalistas de este siglo: nos referimos a Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti, puesto que el primero señaló el papel predominante de los juzgadores en la aplicación de las disposiciones procesales, en tanto que el último afirmó que el juez es la figura principal del derecho, pues puede concebirse una sociedad sin leyes pero no sin jueces.⁶²

112. En esta materia se observa la misma evolución relativa a la función del juzgador, pues como se ha expresado (*supra* 1 a 3) a partir de la Revolución francesa, se le consideraba como un órgano mecánico de aplicación de las disposiciones legislativas, y por ello su papel en el proceso, especialmente en el civil y mercantil, era sólo de *espectador*, es decir, que de acuerdo con la concepción del “Estado Gendarme”, sólo intervenía en forma accesoria para vigilar, como si fuese un árbitro deportivo, que se respetasen los principios elementales del contradictorio, pero tanto el desarrollo como el objeto del proceso correspondían las partes, las que disponían del procedimiento y no sólo del derecho sustantivo.⁶³

113. Al reconocerse la autonomía de la acción, lo que significó de acuerdo con la certera frase del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, una transformación de los estudios procesales, y también de la legislación y la jurisprudencia, similar a lo que ocurrió con la física tradicional con la desintegración del átomo,⁶⁴ se acrecentaron las atribuciones del juzgador dentro del proceso, en la misma proporción en la que se reconoció su función creadora e integradora del ordenamiento jurídico (*supra* 19). Existe, por tanto, una tendencia vigorosa en los

⁶² Al respecto, el propio Calamandrei sostuvo que: “El problema de la reforma de las leyes es ante todo, un problema de hombres”, en su obra *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, 2a. Ed., EJE, Buenos Aires 1962, tomo I., p. 420; en cuanto a Carnelutti, debe citarse su clásico artículo “Diritto consuetudinario e diritto legal”, en *Rivista didiritto procesuale*, Padova, octubre-diciembre de 1963, p. 520.

⁶³ Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974, pp. 35-53.

⁶⁴ *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. Ed., De Palma, Buenos Aires, 1958, pp. 63-64.

ordenamientos procesales de nuestra época hacia el otorgamiento de amplias facultades al juzgador para realizar una *función activa de dirección del proceso*, y por ello en la actualidad se considera que el juez asume el papel esencial de *director* del propio proceso.⁶⁵

114. Claro que esta función activa del juez de nuestros días no posee la misma intensidad en las diversas ramas de enjuiciamiento, puesto que en algunos sectores, como los relativos a los procesos civil y mercantil, predomina el principio dispositivo, que otorga mayor posibilidad de acción a las partes, pero sin que las mismas puedan decidir sobre la marcha y la materia del procedimiento, que tiene carácter público. En otros sectores, como, de manera evidente, en el proceso penal, impera el principio inquisitivo o inquisitorio, como mayores facultades para el juzgador; pero estas diferencias no son esenciales en cuanto al principio general de la conducción del proceso por el tribunal respectivo.⁶⁶

115. En nuestro concepto, el papel activo del juzgador se desarrolla en varias direcciones: en primer término, en cuanto a sus facultades para orientar a las partes sobre sus actividades en el proceso, especialmente la parte débil en recursos económicos y culturales, pues no significa lo mismo imparcialidad que neutralidad; también comprende, en segundo lugar, los poderes para ordenar la presentación y desahogo de los medios de prueba que considere indispensables para investigar la veracidad de las pretensiones de las partes, cuando no son aportadas espontáneamente por las mismas, y en esta materia probatoria quedaría incluida la supresión de las reglas de la prueba legal o tasada, para sustituirlas por el principio general de la valoración de los medios de convicción de acuerdo con los principios de la lógica y de la experiencia, sistema que se ha calificado como la prueba razonada o de la sana crítica.⁶⁷

116. Otro aspecto esencial del papel activo del juez en el proceso contemporáneo se refiere a la aplicación del principio *iura novit curia*, es decir, la invocación por el juzgador de las disposiciones jurídicas aplicables aun cuando las partes no las señalen por error o por ignorancia, incluyendo la interpretación evolutiva de las mismas disposiciones

⁶⁵ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Autoridad y libertad en el proceso civil", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, op. cit., tomo II, pp. 217-243.

⁶⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil*, op. cit., pp. 33-90.

⁶⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "A propósito de la libre convicción o sana crítica" y "Uniformación de la prueba en el proceso civil de los países hispanoamericanos", en *Estudios de derecho probatorio*, Concepción, Chile, 1965, pp. 79-89, y 105 y ss.

normativas para adaptarlas a los constantes cambios y transformaciones de carácter social.⁶⁸

117. Este principio de *iura novit curia* se conoce en el derecho mexicano como *suplencia de la queja* y surgió primeramente en la legislación de amparo en beneficio del acusado en materia penal, pero se extendió paulatinamente a los juicios de amparo solicitados contra actos fundados en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia y para tutelar al trabajador en materia laboral (1951); en 1963 para proteger a los campesinos sujetos a la reforma agraria, que se amplió en 1976, puesto que la Ley de Amparo se dividió en dos libros, que antes no existían, concentrando en el segundo los lineamientos tutelares de los campesinos, en la inteligencia de que la suplencia de la queja en materia social agraria comprende no sólo la corrección por parte del juzgador de los errores y deficiencias cometidas por los propios campesinos que se encuentran dentro del sistema de la reforma agraria (ejidatarios, comuneros y núcleos de población), sino que abarca, además, la aportación oficiosa de los medios de convicción por parte del juez del amparo cuando las partes no las hubiesen presentado, e inclusive, como excepción al principio de congruencia, la concesión del amparo, cuando proceda, respecto de los hechos demostrados en el proceso y no aquellos señalados en la demanda presentada por los propios campesinos, cuando fuesen diversos (artículo 225 de la Ley de Amparo). También se extendió el principio de la suplencia de la queja en el amparo en favor de los menores e incapacitados (1974), y finalmente, en la reforma a la legislación de amparo publicada el 20 de mayo de 1986, además de conservar las reglas anteriores, se amplió la suplencia a todas las materias, cuando se advierta que ha habido en contra del peticionario del amparo o del recurrente cuando sea persona privada, una violación manifiesta de la ley que lo hubiese dejado sin defensa (artículo 76 bis, de la Ley de Amparo).

118. El principio de la suplencia de la queja en el ordenamiento mexicano se amplió en la reforma a la Ley Federal del trabajo que entró en vigor el primero de mayo de 1980, puesto que obliga a las Juntas de Conciliación y Arbitraje (tribunales tripartitos del trabajo), además de los aspectos ya mencionados de corregir los errores y deficiencias

⁶⁸ Sobre la función del juez para la aplicación del principio *iura novit curia*, puede consultarse el estudio del procesalista Santiago Sentís Melendo, *El juez y el derecho (iura novit curia)*, EJE, Buenos Aires 1957, especialmente pp. 9-40; recientemente el análisis del jurista inglés J.A., Jolowicz, "Da mihi factum dabo tibi jus: A problem of Demarcation in English and French Law", en el volumen *Multum non multa (Festschrift für Karl Lipstein aus Anlass seines 70 Geburtstag)*, Heidelberg Karlsruhe, 1981, pp. 89-99.

del trabajador en su demanda y comparecencias (artículo 873); de aportar pruebas que el mismo trabajador no hubiese presentado (artículo 782), la muy importante, pero discutible en cuanto a su eficacia y respeto de la imparcialidad del juzgador, de complementar la demanda del propio trabajador cuanto no comprenda todas las prestaciones que de acuerdo con dicho ordenamiento deriven de la acción (en realidad, pretensión) lo que deben hacer en el momento de admitir la propia demanda (artículo 685 de la Ley Federal del trabajo).⁶⁹

119. B) *Funciones Judiciales del Ministerio Público*. Finalmente, para concluir esta breve visión panorámica, es conveniente hacer una mención, así sea superficial, de la colaboración actual que debe prevalecer entre el Ministerio Público y los abogados con el juez, para la iniciación, desarrollo y conclusión adecuada del proceso del cual es director. Por lo que se refiere al *Ministerio Público*, es evidente que él mismo desarrolla esencialmente, además de algunas actividades de carácter administrativo (asesoramiento y representación de los intereses del Ejecutivo y de la sociedad en el proceso), funciones de carácter judicial, de manera predominante en el proceso penal.

120. De acuerdo con lo anterior es posible describir, ya que no definir el Ministerio Público (inclusive en las figuras angloamericana del *Attorney General* y la socialista de la *Procuratura*), como el organismo del Estado que realiza funciones judiciales, ya sea como parte o como sujeto auxiliar, en las diversas ramas procesales, especialmente en la penal, y que contemporáneamente efectúa actividades administrativas, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la tutela de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomendada la defensa de la legalidad.⁷⁰

121. Si bien de manera tradicional el Ministerio Público ha dependido directamente del organismo ejecutivo, esta posición se encuentra en discusión actualmente, en virtud de que es más importante la función judicial del Ministerio Público, que sus actividades administrativas, las que se han separado en dos instituciones en algunos ordenamientos, y para realizarla requiere de independencia y de estabilidad similar a la de los miembros de la judicatura. Como ejemplo de esta preocupación, en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en la ciudad de México en febrero de 1960, se aprobó por aclamación la recomen-

⁶⁹ Héctor Fix-Zamudio, "La responsabilidad de los jueces en el derecho mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, UNAM, Buenos Aires, 1984, pp. 83-111.

⁷⁰ Héctor Fix-Zamudio, "La función constitucional del Ministerio público", en *Anuario Jurídico, V. 1978*, UNAM, México, 1979, esp. p. 153.

dación en el sentido de que “El Ministerio Público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del poder judicial”.⁷¹

122. Esta revaloración de la situación del Ministerio Público en el proceso moderno, ha llevado a algunos ordenamientos actuales a situar a dicha institución dentro de la organización del Poder Judicial. En este sentido podemos citar también como ejemplos, el artículo 107 de la Constitución italiana de 1948, de acuerdo con el cual “El Ministerio Público gozará de las garantías establecidas con respecto a él, en las normas sobre el ordenamiento judicial”,⁷² y algo similar ha ocurrido con el ordenamiento peruano, en el cual se ha situado al Ministerio Público dentro del organismo judicial a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, y si bien la Constitución actual de 1979, separa dicho ministerio del Poder Judicial, el artículo 251 de la Carta Fundamental otorga a los miembros del propio ministerio público las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías; garantías que son reguladas por la Ley Orgánica del propio Ministerio Público, de 16 de marzo de 1981.⁷³ Además debe recordarse que en varios ordenamientos la preparación de los aspirantes a la judicatura y al Ministerio Público se realiza en las mismas escuelas o centros judiciales (*supra* 89-92).

123. C) *El abogado como colaborador del juez.* También la función del *abogado* tradicional se ha modificado en la actualidad, a causa de su estrecha vinculación con el juez en el proceso, pues de un simple defensor y representante de las partes, se ha transformado en un colaborador del juzgador para lograr no sólo la decisión del conflicto, sino además una solución justa del mismo. Por este motivo, además de los sistemas de seguridad social jurídica en los cuales los abogados públicos y privados realizan una función social en beneficio de las personas carentes de suficientes recursos (*supra* 63-68), lo que es más evidente en los ordenamientos socialistas en que está prohibido el ejercicio privado de la abogacía; a los abogados particulares se les exige una conducta guiada por los *principios de lealtad y probidad*, que han dejado de ser reglas éticas señaladas por los colegios profesionales, puesto que se han implantado en los códigos más recientes con carácter de verda-

⁷¹ Puede consultarse la memoria respectiva en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 37-40, enero-diciembre de 1960, especialmente pp. 825-840.

⁷² Cfr. Enrico Spagna Musso, “Problemi costituzionali del pubblico ministero”, y Carlo Massa, “Aspetti della riforma del processo penale”, ambos en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, abril-junio y julio-septiembre de 1963, pp. 388-438; y 735 y ss., respectivamente.

⁷³ Cfr. José Hurtado Pozo, *El Ministerio Público*, Lima, 1981.

deras obligaciones jurídicas, cuya violación implica la imposición de sanciones por el juzgador.

124. Esta función pública del abogado privado, no obstante la tendencia contemporánea de su organización en verdaderas empresas de prestación de servicios jurídicos, se advierte con claridad en los ordenamientos en los cuales se ha desarrollado el servicio de seguridad social de los propios abogados, como ya lo señalamos, pero no resulta una tarea sencilla su implantación en los ordenamientos latinoamericanos, en virtud de que deben superarse numerosos esquemas tradicionales, empezando por la enseñanza del derecho en nuestras escuelas y facultades, que permitan la transformación de sus egresados en juristas y no sólo técnicos, dotados de un espíritu de servicio social frente al egoísmo profesional que ha imperado hasta la fecha.⁷⁴

⁷⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, op. cit., pp. 20-30.