

### Derecho procesal

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Legítima defensa y proceso**. "Estudios de Deusto", vol. XIII, núms. 25-26, enero-junio de 1965, pp. 1-28. Bilbao, España.

En este trabajo, penetrante y documentado como todos los que se deben a su autor, nuestro constante maestro, el profesor Alcalá-Zamora, prosigue los desenvolvimientos acerca de legítima defensa y proceso, que ya iniciara, antes de ahora, en su **Derecho Procesal Penal** (en colaboración con Ricardo Levene, hijo) y particularmente en la magnífica obra **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**, que viera la luz de México en 1947, como reunión de las conferencias de un cursillo dictado en esta capital.

El tema de la legítima defensa por el agredido o por un tercero aparece tratado aquí, de modo preferente, en sus proyecciones procesales. Empero, también se refiere Alcalá-Zamora a los casos de legítima defensa sin derivación procesal, presentes cuando la repulsa de la agresión legítima no trasciende al conocimiento de las autoridades encargadas de averiguar o de enjuiciar.

En fuerza de que a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano, la legítima defensa queda reducida a institución subsidiaria, cuya calificación debe ser hecha, en el sistema mixto de enjuiciamiento, por el juzgador: el sentenciador, si éste se distingue nítidamente del instructor, o el juez que realiza ambas funciones —de instruir y sentenciar, solo o asociado a otros magistrados—, pero únicamente durante la fase de plenario o, a lo sumo, en ocasión del periodo intermedio. La calificación de legítima defensa se extrae, pues, de las manos de la policía y del Ministerio Público.

Entiende Alcalá-Zamora que no obstante aparecer clara, **prima facie**, la existencia de la excluyente de ilicitud que le ocupa, debe pronunciarse auto de procesamiento (correspondiente, en cierta medida, a nuestros autos de formal prisión o de sujeción a proceso, que en tal hipótesis no se dictarán, sin embargo, por obra de la fracción IV, artículo 161, del Código federal de procedimientos penales). Asimismo, será posible disponer medidas cautelares, aun las de naturaleza civil, habida cuenta del carácter esencialmente provisional de las precautorias, revocables siempre cuando desaparecen sus presupuestos, desaparición que será consecuencia del pronunciamiento absolutorio de fondo, con base en la existencia de legítima defensa.

A continuación se examinan las cuestiones atinentes a las partes, separando, en este punto, los problemas que acarrea la responsabilidad penal (especialmente en orden a la pluralidad subjetiva) de los que suscita la civil (fundamentalmente en cuanto a la adopción de medidas cautelares).

Por lo que respecta a la prueba, se afirma, amén de otros extremos interesantes, que la legítima defensa ha de ser "cumplidamente probada" por quien la aduce en su favor. Esto así: "a) porque no constituye presunción jurídica y, por tanto, no afecta a la carga de la prueba, y b) porque dentro del proceso funciona como excepción" (p. 20).

Analiza asimismo el autor las peculiaridades impugnativas conectadas con la legítima defensa y relativas a la apelación, la casación (entre nosotros, amparo por una parte, y reposición del procedimiento por la otra; aquél tanto por **error in procedendo** como por **error in judicando**, y ésta sólo por violaciones procesales) y revisión. Por cierto que aquí el autor se pronuncia francamente por la revisión (en México, el mal llamado "indulto necesario") en contra del sentenciado.

Se cierra el artículo con una censura de las indebidas alegaciones de la justificante de defensa por parte de abogados inescrupulosos, y con un párrafo acerca de las implicaciones con que la materia cuenta en la pieza calderoniana **El Alcalde de Zalamea**.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

AMSELEK, Paul. **Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives a la liberté individuelle**. "Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger", núm. 5, septiembre-octubre de 1965, pp. 801-855. París, Francia.

El autor realiza una aguda crítica de los diversos criterios que han sustentado, tanto el Tribunal de Conflictos como el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad de los funcionarios administrativos, en el supuesto de violaciones a la libertad individual o del domicilio de los particulares.

Primeramente se estudia, con toda minuciosidad, la situación de la jurisprudencia de estos dos Altos Tribunales, con motivo de la ley de 7 de febrero de 1933, que reformó el artículo 112 del Código de Instrucción Criminal, en el sentido de que la materia de responsabilidad proveniente por atentados a la libertad individual por parte de los funcionarios administrativos, corresponde exclusivamente a los tribunales judiciales, y que no puede plantearse con tal motivo un conflicto de atribución entre los propios órganos judiciales y el Consejo de Estado.

No obstante la claridad de la disposición anterior, la jurisprudencia administrativa se apoyó en dos casos que se hicieron célebres, el primero denominado **Alexis et Wolf**, resuelto por el Pleno del Consejo de Estado el 7 de noviembre de 1947, y el segundo, aún más conocido, o sea el negocio **Dame de la Murette**, fallado por el Tribunal de Conflictos el 27 de marzo de 1952, a través de los cuales se eludió la competencia privativa de los tribunales judiciales y se estableció, que sólo cuando se reclamase la responsabilidad civil de los funcionarios administrativos cabría la instancia judicial, pero que si esa responsabilidad se hacía valer contra el Gobierno mismo, la queja debía presentarse ante los órganos administrativos.

El profesor Amselek demuestra, con argumentos muy persuasivos, lo desacertado del criterio establecido por los fallos anteriores, que fueron objeto de una crítica desfavorable por casi la totalidad de los autores, pero que desafortunadamente se mantuvo durante varios años, también debido a la timidez con la cual los tribunales judiciales defendieron su exclusiva competencia en esta materia.

Pero además de las razones doctrinales, la exclusividad de la competencia

judicial para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por violaciones a la libertad individual y del domicilio de los particulares, se reafirmó plenamente al expedirse el nuevo Código de Procedimientos Penales de 1957, que sustituyó el antiguo Código de Instrucción Criminal, pero que en esta materia reforzó las atribuciones de la autoridad jurisdiccional en su artículo 136, y como si esto fuera poco, el artículo 66 de la Constitución de 4 de octubre de 1958, estableció como un derecho fundamental, que: "Nadie puede ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, guardián de la libertad individual, asegura el respeto a este principio, en las condiciones previstas por la ley."

Pero no obstante estas clarísimas disposiciones y el concepto de la autoridad judicial como protectora de la libertad individual, ni el Consejo de Estado ni el Tribunal de Conflictos ha respetado esta competencia, sino que han establecido distingos artificiales, y a este respecto se hace un minucioso análisis del criterio sustentado por el aludido Tribunal de Conflictos, en otro asunto muy comentado, es decir el caso **Clément**, resuelto el 16 de noviembre de 1964.

En este último negocio, ya se acepta que la materia de responsabilidad civil contra actos administrativos violatorios de la libertad individual, corresponde íntegramente a la autoridad judicial, "guardián" de la propia libertad, pero se considera que el aspecto relativo a la legalidad de tales actos privativos debe ser calificada por los tribunales administrativos, y en última instancia, por el Consejo de Estado, a través de una cuestión prejudicial, que como certeramente observa el profesor Amselek, es totalmente injustificada y desvirtúa el propósito perseguido no sólo por el legislador secundario, sino inclusive por el Constituyente, ya que introduce un aspecto incidental que retarda considerablemente el juicio de responsabilidad, todo ello en perjuicio de los individuos afectados. — Héctor FIX ZAMUDIO.

**ARENAS MACHADO. El Arbitraje Internacional: Posición de Venezuela. Problemas de Límites con Guayana Británica y Colombia. —V. Derecho internacional público.**

**BARRIOS DE ANGELIS, Dante. La reforma del proceso civil uruguayo.** "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", tomo 63, núms. 1-3, 1965, pp. 8-64. Montevideo, Uruguay.

El distinguido procesalista uruguayo realiza un estudio sistemático y minucioso de la reforma procesal que culminó con la reciente ley N° 13,355 de 17 de agosto de 1965, conocida con el nombre de "Ley de Abreviación de los Juicios", la cual introdujo sustanciales modificaciones al Código de Procedimiento Civil de 1878, precisamente con el objeto de hacer más rápido y expedito el trámite de los asuntos judiciales.

Este ordenamiento ha provocado una inquietud doctrinal muy sensible entre los juristas uruguayos, y ha dado lugar a varios estudios, entre los cuales puede mencionarse, esencialmente, el curso colectivo sobre esta propia Ley de Abre-

viación de los Juicios, por varios profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias de la Universidad de ese hermano país del Sur, y que se reseña en este mismo número del "Boletín".

El análisis muy detallado del profesor Barrios de Angelis permite a los juristas de otros países no familiarizados con el sistema procesal uruguayo, compenetrarse de los lineamientos de las modificaciones introducidas por la Ley 13,355, que si bien es verdad, como lo destaca el autor de este magnífico artículo, no implican un cambio de orientación de las bases del proceso, o sea que se mantienen en esencia los llamados principios formativos como la escritura y la oralidad, disposición e inquisición, etcétera, sin embargo introducen cambios muy importantes que pueden considerarse como reformas trascendentales en ciertos aspectos del enjuiciamiento civil.

Un sector que debe destacarse es el relativo al desplazamiento de ciertas facultades que correspondían a las autoridades legislativas y que ahora se delegan a las judiciales, particularmente la Suprema Corte, para que este órgano pueda establecer bases generales, pero que puede modificar según las necesidades cambiantes de la práctica, en materia de notificaciones, trámite interno y turnos judiciales.

También se cambian las competencias de los órganos judiciales, pudiendo señalarse la que eleva el límite anterior de dos mil pesos para apelar en tercera instancia ante la Suprema Corte, que según el artículo 20 del ordenamiento que se examina, se fija en veinte mil pesos, tomando en cuenta la desvalorización reciente de la moneda, de manera que sólo los asuntos verdaderamente importantes puedan elevarse hasta el órgano supremo de la justicia uruguayo.

En cuanto al procedimiento, son diversas las innovaciones importantes, como las de otorgar un carácter general a las diligencias preparatorias de juicio (nuestros medios preparatorios de juicio), así como las medidas o providencias cautelares y las diligencias para mejor proveer, que anteriormente sólo podían decretarse en casos determinados; pero que de acuerdo con el nuevo ordenamiento, es posible que el juzgador pueda ordenarlas cuando lo estime necesario, sin que estén previstas expresamente por la ley, otorgándose al propio juzgador poderes moderados de dirección del proceso, que cambian la orientación decididamente dispositiva del Código Procesal.

El artículo 18 del nuevo ordenamiento suprime la réplica y la dúplica con el fin de desembarazar el procedimiento de trámites inútiles; y para desalentar la tramitación de cuestiones incidentales, de las cuales abusan los litigantes para obtener la dilación del procedimiento, el artículo 52 de esta Ley de Abreviación de los Juicios establece como regla general, que las resoluciones dictadas en tales incidentes, no deben tener carácter suspensivo, salvo contadas excepciones.

El juicio ejecutivo, que adolecía de lentitud, se hace más ágil y flexible, sin disminuir sus garantías fundamentales, siendo calificado de "monitorio" por el artículo 53, aunque el autor considera que no es correcta la denominación, pues no se otorga al procedimiento del referido juicio ejecutivo las características que la doctrina señala para el proceso "monitorio".—Héctor FIX ZAMUDIO.

BAUR, Fritz. **Present german practices in the application for temporary relief: attachment and temporary restraining orders.** "The American Journal of Comparative Law", vol. 14, núm. 2, primavera de 1965, pp. 247-265. Ann Harbor, Michigan, Estados Unidos.

Las medidas precautorias, que la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO) en su Sección Quinta de su Libro VII, artículos 916 a 945, reglamenta bajo el nombre de "embargo preventivo" y "medidas provisionales de seguridad", se han desarrollado considerablemente en la segunda postguerra, más allá de sus campos tradicionales de protección de las partes en litigios estrictamente privados.

El distinguido jurista alemán, después de examinar breve pero profundamente el concepto de ambas instituciones, concentra su atención en la utilización de las providencias cautelares, de acuerdo con las nuevas necesidades, y los criterios que a este respecto han expuesto en la jurisprudencia y la doctrina. Desde luego, la utilización del embargo precautorio no ha sufrido una alteración sustancial, debido a que se aplica fundamentalmente a controversias sobre el pago de sumas de dinero o prestaciones que pueden cuantificarse fácilmente, pero en cambio las "medidas provisionales de seguridad" (**einstweilige Verfügung**) por su flexibilidad, se han extendido a tres materias recientes:

a) Para la protección de la persona, la integridad del individuo y la protección del libre ejercicio del comercio. La importancia de la utilización de las medidas precautorias en esta materia no es necesario destacarse, en estos tiempos en que, como lo hace notar el profesor Baur, debido a la creciente influencia de los modernos medios de información, tales como la prensa, la radio y la televisión, éstos pueden lesionar seriamente la reputación de las personas, si no se cuenta con medios expeditos para evitarlo, al menos temporalmente.

b) Protección de la propiedad industrial y evitando las consecuencias de la competencia desleal.

c) Controversias relativas a las fluctuaciones del mercado de trabajo.

El autor examina detalladamente cada uno de estos aspectos, particularmente a la luz de los fallos más recientes de los tribunales alemanes, destacando las ventajas e inconvenientes de la utilización de las medidas precautorias para los fines mencionados.

También se preocupa por señalar los problemas procesales a que dan lugar estas "medidas provisionales", específicamente los relativos a la litispendencia o a la cosa juzgada, especialmente esta última, debido al principio que domina en las providencias cautelares, en el sentido de que pueden modificarse por el juzgador en vista de hechos o medios de convicción supervenientes; aunque en esta materia podríamos afirmar que no puede hablarse de "cosa juzgada" ni siquiera en sentido formal, sino exclusivamente de un principio preclusivo.

El profesor Baur examina las causas sociales que han promovido esta evolución de las medidas precautorias, como lo son, la señalada influencia de los medios de información y el debilitamiento de la moral social en el campo de las relaciones económicas, que provocan un número creciente de violaciones a los derechos personales y económicos de un gran número de personas, requi-

riéndose, por tanto, de medios rápidos y eficaces para evitar la consumación irreparable de tales violaciones.

Sin embargo, considera el destacado jurisconsulto alemán, que la utilización de las medidas cautelares con estos fines, no siempre es conveniente o adecuada, ya que la rapidez puede llegar a sacrificar la justicia, precisamente en las materias señaladas, que normalmente requerirían de una mayor información que la que puede obtenerse a través de un procedimiento incidental, y por ello, el autor recomienda la reforma de la Ordenanza Procesal Civil para obtener un procedimiento flexible y sumario, que permita obtener una protección no sólo provisional sino definitiva, en estos fundamentales aspectos.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**BIDART CAMPOS.** La declaración de inconstitucionalidad sin petición de parte en el Derecho argentino. — V. Derecho constitucional.

**BOULANGER.** El poder creador de la jurisprudencia civil.— V. Derecho civil.

**BUZAID.** La acción directa de inconstitucionalidad.— V. Derecho constitucional.

**CAPPELLETTI,** Mauro. *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi.* "Rivista di Diritto Processuale", año XXI (segunda serie), núm. 1, enero-marzo de 1966, pp. 52-68. Padua, Italia.

El distinguido procesalista italiano, que tantas y tan valiosas aportaciones ha realizado en el campo de la justicia constitucional, reproduce, con algunos cambios, una de las magníficas conferencias que sustentó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México durante el mes de febrero de 1965, durante los cursos de Invierno de este año, organizados por la citada Facultad. (Dichas conferencias han sido publicadas en español, primero en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", y después integrando un volumen intitulado: **El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado**, México, 1966, 118 pp. (trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix Zamudio.)

El profesor Cappelletti describe antecedentes del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en la distinción establecida en el derecho ateniense entre los *nómoi* (leyes propiamente dichas) y los *psefismata* (derechos legislativos), de acuerdo con la cual, el juez debía desaplicar aquellos decretos que fuesen contrarios a las leyes fundamentales de la Constitución ateniense, según el criterio de pensadores tan ilustres como Platón, Aristóteles y Demóstenes.

También encontramos en el pensamiento medioeval la idea de la existencia de dos órdenes de normas; las del derecho natural, superior e inderogable, y las

del derecho positivo, que no podían estar en contraste con las primeras, pues de lo contrario se consideraban sin ningún valor y no debían ser obedecidas, según se observa claramente en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino; y este criterio trasciende al iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a J. J. Rousseau, de acuerdo con el cual, existen derechos innatos e intangibles, que no pueden ser alterados por el legislador.

El mismo John Locke, indudable defensor de la revolución inglesa de 1688, que proclamó la supremacía absoluta del Parlamento, consideraba que este poder supremo encuentra sus límites en las normas inmutables del derecho natural.

En Francia este pensamiento se expresa en la facultad que poseían los **Parlements** del antiguo régimen, para examinar y negar validez a las disposiciones del Rey, cuando fuesen contrarias a las normas fundamentales del reino.

Por otra parte, es muy conocido el criterio del famoso jurista británico Lord Coke, que en el célebre caso **Bonham's** resuelto en 1610, expresaba que las leyes del Parlamento estaban sometidas a los principios del **common law** y cuando los contrariaban, debían estimarse nulas y sin ningún efecto, y aun cuando estas ideas fueron rechazadas en Inglaterra, encontraron acogida en las colonias británicas en América, además de que, paradójicamente, también contribuyó al establecimiento de la revisión judicial, el principio de la supremacía del Parlamento, ya que el Consejo Privado de la Corona consideraba que las leyes de las colonias sólo podían ser aplicadas por los jueces de las mismas, cuando no estuviesen en contraste con las leyes del Reino.

De aquí se pasó, con cierta facilidad, a considerar, una vez proclamada la independencia de las antiguas colonias, que las leyes secundarias deberían respetar las disposiciones de la Constitución Federal y las de los Estados, y que correspondía al Poder Judicial conocer de los problemas de inconstitucionalidad de las normas ordinarias.

La profunda investigación histórica realizada por el profesor Cappelletti le permite llegar a la certera conclusión de que cuando el famoso John Marshall proclamó en 1803 los principios de la supremacía constitucional y de la revisión judicial de las leyes, tal afirmación no constituyó un gesto de improvisación, sino una decisión madurada a través de varios siglos de historia, no sólo americana, sino universal.—Héctor FIX ZAMUDIO.

CERRI, Augusto. **Sindicabilità da parte della Corte Costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge.** "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", año XV, núm. 2, abril-junio de 1965, pp. 420-473. Milán, Italia.

En este erudito y preciso estudio, el profesor Cerri aborda un problema muy discutido por la doctrina italiana, o sea el relativo a la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda conocer y decidir sobre los presupuestos de los ordenamientos legales.

El autor toma como punto de partida la diferenciación entre los vicios que

pueden realizarse en el procedimiento legislativo, que resulta necesario para expedir y promulgar las leyes y los decretos con fuerza de ley, de aquellos otros actos jurídicos que deben estimarse como presupuestos de la misma ley, y cuya ausencia determinan la nulidad del propio ordenamiento.

Después de realizar un examen minucioso de las diversas doctrinas que se han expuesto sobre el particular, y la clasificación que se ha hecho de los presupuestos de los actos jurídicos en subjetivos y objetivos, el autor señala la evolución de la jurisprudencia, que superando los principios tradicionales sobre el concepto del funcionario de hecho, establece la posibilidad de revisar y anular, en su caso, aquellas resoluciones judiciales o administrativas que fueron pronunciadas por organismos colegiados que no se hubiesen integrado debidamente, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

A continuación, el autor analiza los que considera presupuestos subjetivos y objetivos de los decretos con fuerza de ley (decretos-ley y leyes delegadas) pronunciados por el Gobierno (Consejo de Ministros), cuando se considere que existen aspectos que puedan afectar su validez, como son los relativos a la pérdida o ausencia de la confianza del Parlamento, que resulta necesaria en los términos del artículo 94 de la Constitución italiana de 1948, estimando que la Corte Constitucional tiene facultad para examinar si el decreto-ley correspondiente se dictó cuando el Gabinete gozaba de la confianza del Parlamento, para determinar su validez, siempre que se trate de aquellas materias que puedan afectar los derechos de los particulares.

En cuanto a las leyes en sentido formal y material, o sean aquellas que expide el aludido Parlamento, el profesor Cerri examina minuciosamente y con profundidad los problemas derivados del presupuesto subjetivo de tales ordenamientos, que se hace consistir en la existencia de un órgano legislativo válidamente electo, aunque en términos generales, como la misma Constitución italiana establece un sistema de control interno para determinar las condiciones de la elección, por parte de las mismas Cámaras (como ocurre en México en los términos del artículo 60 de nuestra Carta Fundamental), la Corte Constitucional carece de facultades para examinar la validez de la ley en virtud de los defectos en la elección de los miembros de las Cámaras respectivas (algo parecido al viejo problema de nuestra jurisprudencia sobre la llamada competencia de origen).

Sin embargo, quedan algunos márgenes en los cuales puede ejercitarse el control de la Corte Constitucional, como ocurriría, según el autor, cuando las Comisiones que deben conocer de los proyectos de ley, previstas por el artículo 72 de la citada Constitución italiana, no se integren, como lo exige dicha norma fundamental, de manera que reflejen la proporción de los diversos grupos parlamentarios, o bien, cuando se trate de ordenamientos que la doctrina italiana ha calificado de "leyes reforzadas", es decir que no pueden dictarse válidamente sin la intervención de determinados grupos o intereses, como por ejemplo la modificación de los Pactos de Letrán sin previo acuerdo entre el Gobierno y la Iglesia, o la disciplina de los cultos no católicos, sin la intervención de sus representantes, etcétera.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**CÓHEN, Jerome Alan. The criminal process in the People's Republic of China: an introduction.** "Harvard Law Review", vol. 79, núm. 3, enero, 1966, pp. 469-533. Cambridge, Mass., USA.

En este amplio trabajo, que ha tomado muy en cuenta, entre sus fuentes de investigación, los relatos de emigrados chinos, se traza el panorama del proceso penal en la República Popular de China, enriquecido con necesarias referencias al Derecho penal sustantivo y cerrado con un capítulo de resumen y anotación de tendencias y predicciones.

El presente estudio contempla sólo el periodo corrido entre el advenimiento de la República Popular, en 1949, y el año de 1963. A su turno, en estos 14 años se distinguen tres etapas fundamentales —1949-1953, 1953-1957 y 1957-1963—, que en mayor o menor medida ofrecen elementos coincidentes con los periodos en que podría dividirse la evolución del proceso penal en la URSS.

A lo largo de su investigación, Cohen pone énfasis en el empleo del proceso penal como instrumento para la consolidación del Estado socialista, y destaca las muy importantes y crecidas atribuciones que en aquel terreno detenta la policía. Si bien es cierto que se han introducido medidas de control tendientes a desterrar la acción arbitraria o imperita del funcionario que conduce la averiguación, también lo es que el procedimiento reviste formas acusadamente inquisitivas, dentro de las que juegan un papel de primer orden la minimización del derecho de defensa, el secreto y la preferencia por la prueba confesional. El desconocimiento por parte del inculcado de su propia responsabilidad o la negativa a confesar pueden traducirse, inclusive, en un considerable agravamiento de su situación penal.

También se refiere Cohen a la inestabilidad y vaguedad del Derecho sustantivo penal y al uso de la retroactividad desfavorable y de la integración por vía analógica.

Según el autor, el actual proceso penal chino resulta de una fusión y adaptación de elementos tradicionales y de influencias recibidas y asimiladas de la URSS.

Por la fecha en que este trabajo fue escrito, no se tiene cuenta en él de la reciente "revolución cultural", cuyos caracteres y datos harían necesario, sin duda, revisar varias de las conclusiones y ensayos predictivos que el autor sustenta.—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

**DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN. La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil.—V. Derecho civil.**

**FENECH NAVARRO, Miguel. La función del juez en la dirección del proceso civil.** "Revista de Derecho procesal", I-II, enero-junio, 1964, pp. 33-44. Madrid, España.

En cuanto se habla de derechos de disposición material o procesal atribuidos a las partes, cabe hacerlo de facultades de dirección material y procesal del

juzgador. La vigencia de uno de estos principios no es tan absoluta que excluya al otro. En el ordenamiento civil español, el predominio se anuncia diciendo que la justicia civil es rogada; desde luego, el inicio de la actividad jurisdiccional depende de la voluntad del actor y toca a la voluntad de las partes realizar los actos convenientes para conseguir un resultado favorable; pero queda en pie el problema de a quién atribuir la fuerza para que el proceso avance. El Real Decreto de 1924, confirmado el 30 de diciembre de 1931 y modificado en la cuantía de las sanciones por Ley de 20 de diciembre de 1952 introdujo la reforma que consagró el principio de oficialidad en el impulso. Pero todavía puede ocurrir que las partes detengan el curso de los autos, como en el caso de diligenciamiento de exhortos, y por ello la caducidad sigue teniendo importante función.

Otro problema surge con respecto a si la función del juez debe limitarse a constatar la existencia de impedimentos o si cabe atribuirle una función positiva de dirección. Desde luego, la ausencia de presupuestos o la existencia de impedimentos y obstáculos debe ser denunciado por la parte en excepciones dilatorias. Hoy se busca implantar la audiencia preliminar para juzgar de vicios al proceso, puesto que ya hay excepciones al principio de admisibilidad forzosa que se clasifican en absolutas y relativas, según que afecten a todo proceso o cuando se presentan por razones de fondo en relación al objeto litigioso (falta de poderes, diligencia o repartimiento, certificación de conciliación, infracciones fiscales en cuanto a las absolutas; incompetencia, falta de requisitos en demandas de pobreza, presentación del título del tercerista, autorización del juzgador penal en indemnizaciones por acusación falsa, en cuanto a las relativas), entre las que se destacan la *denegatio actionis*, como cuando los esponsales de futuro se intentan para contraer matrimonio o se persigue investigar la paternidad o la maternidad en casos prohibidos por la ley.

De cualquier manera, aparecen algunos absurdos, como cuando se impide al juez decidir *in limine* sobre los presupuestos, pero se le obliga a hacerlo en la sentencia, como ocurre con las excepciones de procedimiento inadecuado y en el supuesto de *plurium litis consortium*. En la ley de enjuiciamiento civil se contempla la potestad judicial en orden a los presupuestos como algo negativo, sin preverse la posibilidad de un conducta positiva tendiente a purgar al proceso de sus vicios o defectos. La facultad debiera ser puramente negativa en cuanto a los defectos insubsanables (falso tutor). Esta tendencia se ha iniciado en la Ley de Bases de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y el Decreto de 21 de noviembre de 1952.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

FOSTER, Henry H., Jr. *Conciliation and counseling in the courts in family law cases*. "New York University Law Review", vol. 41, núm. 2, abril de 1966, pp. 353-361. Nueva York, Estados Unidos.

Existe una clara tendencia en numerosas entidades federativas de los Estados Unidos, de establecer tribunales de familia, cuyas facultades se van extendiendo

a varios aspectos de ese nuevo sector de la ciencia jurídica, que paulatinamente se va independizando de los principios tradicionales del derecho civil.

Aunque varios de estos tribunales no poseen atribuciones sobre la totalidad de las controversias familiares, sino particularmente sobre los problemas derivados del creciente número de divorcios que se han presentado en los Estados Unidos, sin embargo han atendido varios aspectos familiares conectados con las desavenencias conyugales, y en ciertos casos, evitado la ruptura definitiva del matrimonio.

El profesor Foster presenta un panorama muy completo y minucioso de tales tribunales de familia, y estudia particularmente aquellos que han tenido aplicaciones prácticas; y así, examina el sistema introducido en el Estado de Ohio, en el cual se han establecido tales tribunales en varias ciudades como Toledo, Cincinnati, Columbus, Dayton y Youngstown, destacando particularmente el primero, que ha demostrado su eficacia a través de un personal de conciliación y consejo matrimoniales adjunto al tribunal, que ha colaborado eficazmente a evitar gran número de divorcios.

En Milwaukee se creó en el año de 1935, un tribunal municipal de familia para conocer controversias sobre divorcio, que sirvió de modelo para el Código de familia del Estado de Wisconsin, en el cual se han practicado sistemas voluntarios y obligatorios de conciliación, para evitar la disolución matrimonial definitiva.

En el Estado de Utah, a través de la Ley sobre los consejos matrimoniales de 1957 (**Utah Marriage Counseling Law**) se han establecido servicios de conciliación y consejo para los cónyuges que pretenden divorciarse, como aspectos del trámite de divorcio, para lo cual existe una prórroga obligatoria de noventa días después de admitida la demanda.

En sentido parecido se han establecido tribunales en Maine, New Jersey, Los Angeles, Michigan, New York, y además se han ensayado, o existen proyectos para resolver judicialmente asuntos de familia en Washington, D. C., Rhode Island, Hawaii, Oregon, Illinois, Massachusetts, North Carolina, Wilmington, Delaware, Connecticut y Pennsylvania.

La simple enumeración anterior, nos indica la importancia del estudio del profesor Foster sobre la creciente preocupación en las diversas entidades federativas de su país, para resolver los problemas familiares cuando se presentan controversias matrimoniales, procurando, a través de la conciliación y el consejo a los cónyuges contendientes, evitar hasta donde sea posible la ruptura, y en el supuesto de ser imposible, atender los intereses de los hijos, que resultan afectados con la separación.

Aunque tales tribunales, como correctamente lo señala el autor, no llenan todos los requisitos requeridos por un tribunal de familia en el estricto sentido de la palabra, que debe abarcar todos los problemas familiares y no exclusivamente los relativos al divorcio, sin embargo marcan un ostensible adelanto sobre el sistema judicial tradicional, que atendía exclusivamente los aspectos individuales del problema, y descuidaba sus gravísimas consecuencias sociales.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**FUENTES CARSI. Particularidades de la sentencia en el proceso de nulidad de patentes y marcas.—V. Derecho administrativo.**

GELLHORN, Walter. **Citizens' grievances against administrative agencies. The Yugoslav approach.** "Michigan Law Review", vol. 64, núm. 3, enero de 1966, pp. 385-420. Ann Harbor, Michigan, Estados Unidos.

La República Federal de Yugoslavia, no obstante su afiliación política a los países socialistas, se ha ido aproximando, lenta pero seguramente, a los ordenamientos jurídicos occidentales, y en su derecho administrativo posee, en la actualidad, mayores semejanzas con las disposiciones legales de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Alemania Occidental, que los que oficialmente se reconocen.

Especialmente se advierte una tendencia reciente a la liberalización de los controles del Gobierno central sobre los de las Repúblicas Federadas (que son seis: Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia, Montenegro, Serbia y Eslovenia) y especialmente respecto de los municipios, que gozan de una autonomía muy amplia en su organización administrativa.

Pero además, debe advertirse como lo destaca el profesor Gellhorn, que existe una gran cantidad de organizaciones intermedias conocidas como "organizaciones de trabajadores", que están estructuradas como cooperativas autónomas y que pueden asimilarse, hasta cierto punto, a las empresas comerciales de los países capitalistas, y que van desde las asociaciones de inquilinos en los edificios rentados por el Gobierno, hasta las grandes corporaciones que manejan los ferrocarriles, el correo y otros servicios públicos.

La legislación yugoslava más reciente confiere a dichas empresas de "trabajadores" así como a las personas físicas, de una serie de defensas contra los actos de las autoridades administrativas, desde las más elevadas hasta las de carácter municipal, y que pueden hacerse valer a través de una serie de conductos muy variados, que se describen con gran precisión.

En primer lugar, puede mencionarse que de acuerdo con la Ley sobre el Procedimiento General Administrativo que entró en vigor en el año de 1957, se otorgan a los particulares y a las organizaciones de trabajadores una serie de recursos administrativos, especialmente de carácter jerárquico, que pueden equipararse a los similares que se consignan en las disposiciones occidentales, si se toma también en consideración, que los actos y resoluciones administrativos deben sujetarse a una serie de principios que imperan en los países llamados "capitalistas", tales como el de la legalidad, el respeto de los derechos individuales, el derecho de audiencia, la posibilidad de impugnación, etcétera.

Pero además, y aun cuando de carácter menos amplio que el sistema de Occidente, se ha establecido la revisión judicial de los actos y resoluciones administrativas, especialmente en la Constitución vigente de 1963, que en varios de sus preceptos concede a los afectados la posibilidad de acudir a las Supremas Cortes de cada una de las Repúblicas Federadas, y en ciertos casos, ante la Suprema Corte de la Federación (que por otra parte, no es un tribunal de apelación de las de las Repúblicas), para impugnar los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, y al efecto se establecen salas especializadas en dichos tribunales.

Por otra parte, y como un signo de aproximación todavía mayor, respecto de la organización judicial occidental, y particularmente según el modelo de los Tribunales y Cortes Constitucionales de Austria, Italia y República Federal Alemana, en la reciente Constitución de 1963, se han establecido una Corte Constitucional Federal y Cortes Constitucionales en cada una de las Repúblicas Federadas, ante las cuales, además de la inconstitucionalidad de las leyes nacionales y locales y otras disposiciones de carácter general, los particulares (colectivos o individuales) pueden impugnar los actos y resoluciones administrativas cuando son violatorias de la Constitución, y en la práctica se ha demostrado la efectividad de estos tribunales, de tan reciente creación, para la defensa de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Con independencia de todos estos medios de defensa de carácter procedimental y judicial, se han establecido varios otros, como la denuncia ante el Procurador Público, previsto por la citada Ley de Procedimiento Administrativo, y en cierto modo tomado del Procurador Soviético, para vigilar y proteger los derechos de los particulares frente a la administración; además se han creado, en la misma Constitución de 1963, los Comités legislativos, dependientes de la Asamblea Federal, para investigar las actividades de las autoridades gubernativas; también se prevé en dicha Carta Fundamental el establecimiento de oficinas de peticiones y propuestas dependientes del Consejo Ejecutivo Nacional y de cada uno de los Consejos Ejecutivos de las Repúblicas Federadas.

Como si lo anterior fuese poco, tanto el Presidente como el Vicepresidente del Consejo Ejecutivo Nacional (en cierto modo equivalentes del Primer Ministro en los sistemas parlamentarios occidentales) han establecido oficinas de quejas para escuchar las denuncias de los particulares contra las autoridades administrativas que afectan sus intereses, que después de examinadas son turnadas, si procede, a las autoridades competentes.

Este magnífico artículo, que presenta un claro y completo panorama de la defensa de los particulares contra las autoridades administrativas en el sistema jurídico yugoslavo, concluye en el sentido de que este sistema, al pretender dotar de una amplia gama de defensa frente a la administración, ha incurrido en una dispersión exagerada que no obstante la buena intención de sus creadores, puede traducirse en un entorpecimiento de esa misma protección.—Héctor FIX ZAMUDIO.

GIAMPICCOLO. La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato.— V. Derecho Civil.

GROSSMAN. Social Backgrounds and Judicial Decision Making.— V. Varios

GUAITA, Aurelio. Competencia de los tribunales contencioso-administrativos. "Revista de Derecho procesal", III, julio-septiembre, 1964, pp. 59-78. Madrid, España.

Aunque hayan variado de nombre, naturaleza y composición, los tribunales de lo contencioso-administrativo, desde su origen en 1845, han sido una pluralidad, por razones territoriales, de la doble instancia, su paralelismo con la orga-

nización administrativa y otras causas. De ser uno solo, la cuestión se reduciría a su separación frente a los civiles, penales o laborales. Su competencia es improrrogable, salvo indicación expresa, y la del órgano administrativo cuyo acto se combate; pero esta regla se completa con otras que estudia Guaita, comenzando por el Tribunal Supremo, cuyas Salas de lo Contencioso-Administrativo conocen de actos de autoridades con competencia en todo el territorio nacional y en única instancia (Administración del Estado, Administraciones públicas de naturaleza corporativa o fundacional, órgano central, planes de ordenación urbana que afecten a más de una provincia), y entre las que el Ministerio de Justicia, a propuesta de la Sala de Gobierno, distribuye los asuntos *ratione materiae* según los Ministerios (pero algunos organismos que no son la Administración quedan fuera: Ministro Secretario General del Movimiento, Secretaría General del Movimiento, Delegación Provincial de Sindicatos, etcétera).

A los anteriores Tribunales Provinciales han venido a suceder las Salas de las Audiencias Territoriales montadas sobre la división provincial (Albacete, Barcelona, Burgos, Cáceres y Badajoz, La Coruña, Granada, Madrid, Oviedo, Palma de Mallorca, Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, Pamplona y Guipúzcoa, Sevilla, Valencia, Valladolid y Zaragoza, además la creada en Bilbao para asuntos de Vizcaya, que se excluye en esta materia de la Audiencia de Burgos, y otra en Santa Cruz de Tenerife, a las que debe agregarse en la Guinea Ecuatorial el Tribunal Superior, que ha de establecerse en lo futuro según ley de julio de 1964), que conocen de impugnaciones contra actos de órganos cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional: Ayuntamientos, Confederaciones Hidrográficas y Servicios Hidráulicos, Capitanes Generales, Juntas de Gobierno de Universidades, Delegaciones Provinciales de Industria o Intervenciones de Hacienda, en la inteligencia de que será competente la Audiencia de la sede del órgano (pero la nueva ley ha determinado la competencia por el lugar en que se realice el acto, lo que Guaita censura) y, si coinciden uno central y otro provincial, lo será el Tribunal Supremo. Afecta también a esta competencia el caso de tutela de una Corporación local por un órgano central, ya que si el acto de la primera es confirmado (vuelto ejecutivo) entonces la demanda no será la Administración central, sino la provincial y ante la Audiencia respectiva, lo que crea confusión al revocarse el acto que antes fuera confirmado por el órgano central ausente en el proceso y que debería ser la coadyuvada según el autor.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

KORT. *Quantitative Analysis of Fact-Patterns in Cases and their impact on judicial decisions.*—V. Varios.

KRISLOV. *Theoretical Attempts at Predicting Judicial Behavior.*—V. Varios.

LESSONA, Silvio. *Principio del Sistema della Giurisdizione Amministrativa nella Repubblica Federale Germanica.* "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", año XV, núm. 2, abril-junio de 1965, pp. 295-309, Milán, Italia.

Este breve pero muy completo resumen de la organización de la justicia administrativa en la República Federal Alemana, resulta de gran utilidad para el lector no familiarizado con las fuentes originales.

El profesor Lessona analiza con minuciosidad la ley de 21 de enero de 1960, sobre la organización de los tribunales administrativos (**Verwaltungsgerichtsordnung**, o también conocida por **VwGO**, por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, tan apegadas al sistema de siglas, difícilmente comprensible para el estudioso extranjero).

El principio fundamental que destaca el autor consiste en que las controversias en materia administrativa no se plantean, una vez que adquiere definitividad el acto o la resolución impugnada, ante órganos de justicia administrativa, como ocurre en el sistema francés, sino exclusivamente ante los órganos del poder judicial, aunque especializados por razón de la materia.

Dichos tribunales administrativos se establecen en cada una de las provincias o **Länder**, como órganos de primera instancia, y además, existen Tribunales Superiores Administrativos, de segunda instancia, que en ocasiones asumen carácter regional, pues tratándose de provincias pequeñas, poseen jurisdicción sobre varias de ellas.

Como órgano supremo actúa el Tribunal Administrativo Federal, que como su nombre lo expresa, depende del Gobierno Central, y que funciona como tribunal de última instancia tratándose de la aplicación de leyes federales, o bien excepcionalmente, de única instancia, en el supuesto de controversias entre las provincias y el gobierno central, y siempre que no asuman naturaleza constitucional, pues en esta última hipótesis deben ser resueltas por el diverso Tribunal Constitucional Federal.

La independencia de los jueces administrativos, cuya designación está sujeta a los principios de la carrera judicial, está plenamente establecida por varios preceptos de la Ley sobre la Organización Judicial (**Deutsches Richtergesetz**), de 8 de septiembre de 1961, que entró en vigor el 1º de junio de 1862.

Un funcionario peculiar de la justicia administrativa alemana es el llamado "defensor del interés público" cuya atribución esencial consiste en auxiliar al tribunal en la resolución del asunto, y no como su nombre parece indicarle, en la defensa de los intereses públicos cuestionados, y en este sentido, particularmente el adscrito al Tribunal Federal (**Oberbundesanwalt**), puede tener cierta similitud con el Ministerio Público mexicano, que funciona como órgano consultor en materia de amparo.

La competencia de los tribunales administrativos es general, es decir, siempre que no corresponda a otros órganos judiciales que conocen de controversias específicas, como son aquellos en materia financiera, laboral y social.

Las controversias, según la ley mencionada, se dividen en tres clases: las que derivan de la acción impugnativa (**Anfechtungsklagen**), las que se plantean a través de las acciones de cumplimiento (**Verpflichtungsklagen**); en realidad, como hace notar el profesor Lessona, pueden explicarse mejor si las identificamos, respectivamente, con las llamadas acciones constitutivas, declarativas y de condena; en la inteligencia de que no sólo pueden combatirse los actos llamados reglados, sino también los provenientes de las facultades discrecionales.

El mismo ordenamiento que se analiza, determina un procedimiento preliminar (**Vorverfahren**), que no es otra cosa que la regulación de los llamados "recursos administrativos" en el derecho francés, es decir el de reconsideración y el jerár-

quico, que por regla general deben agotarse ante los mismos órganos de la Administración, antes de poder intentar la vía judicial.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**MASHAW. Federal Issues in and about the Jurisdiction of the Court of Justice of the European Communities.—V. Derecho internacional público.**

**MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael de. La contaduría mayor de cuentas.** "Revista de Derecho Judicial", año VII, núm. 25, enero-marzo, 1966, pp. 11-36. Madrid, España.

La historia del Tribunal de Cuentas español abarca ya casi siete siglos, sin solución de continuidad con lo sustancial como permanente. Antes del siglo XII se encuentran embriones de las instituciones fiscalizadoras cuya imagen no es nítida, pero muestran la profunda raigambre de esta organización. La fiscalización contable comienza propiamente con la aparición de la economía monetaria, aunque antes hubo un sistema de buena administración, vigilancia y control, como se advierte en la existencia de cuentas de las prestaciones en especie. Asiria y Babilonia, la India (Leyes del Manú), Egipto y Persia, ofrecen pruebas de catastros y registros. Grecia inaugura un sistema de conceptos que Roma lleva al saber especulativo y la experiencia; si el Consejo de los Quinientos elegía diez Contadores entre sus miembros para fiscalizar las magistraturas y otros diez para funciones diversas pero relacionadas, con el consiguiente posible juicio de los funcionarios, en las tres etapas romanas se conocieron los juicios concernientes a censos y tributos. Durante la República surge el *aerarium populi*, confiado a los Cónsules y acusables ante los comicios por cualquier ciudadano al terminar su encargo. Los Cuestores debían rendir cuentas al expirar el año, los Provinciales trasmitían a los Urbanos las relativas a su gestión para examen por el Senado.

En el tercer periodo, el enjuiciamiento llegó a reservarse para el Emperador y su *Consistorium* y más tarde al Prefecto del pretorio, con escasa eficacia práctica. En la monarquía visigótica la organización hacendaria fue una simple adaptación del sistema financiero del Bajo Imperio, simplificado en sus detalles. Al fragmentarse el mapa político desde 711 aparecen la organización musulmana, con el Emir como centro delegando su autoridad en funcionarios que ante él respondían, y la castellana, con el reino astur de predominancia militar sobre la que Alfonso II intenta en Oviedo restaurar las instituciones de la desaparecida monarquía toledana y donde el intendente de los servicios de palacio o mayordomo es la pieza fundamental; pero más tarde, la organización musulmana influye hasta en las denominaciones (almojarifes, recaudadores, etcétera). La evolución comienza con Alfonso X, en virtud de las necesidades provenientes de la extensión del gasto público, que requirió el previo consentimiento de los súbditos y la entrada del Estado llano en la *Curia regia*, hacia 1188, de modo que las Cortes ampliaron sus funciones financieras, aplicando potestades fiscalizadoras

y parlamentarias a través de los Procuradores y el principio de legalidad del impuesto, incorporado luego en las Constituciones decimonónicas. En tales facultades se originan los dos Contadores Mayores creados desde 1284-1295 y cuya actividad se regula normalmente desde 1437, unificando en la Corona las distintas competencias señoriales, eclesiásticas, municipales, etcétera.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

MIELE, Giovanni. *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*. "Rivista di Diritto Processuale", año XXI (segunda serie), núm. 1, enero-marzo de 1966, pp. 1-31. Padua, Italia.

Con profundidad y precisión, el distinguido profesor de la Universidad de Florencia examina los orígenes de la justicia administrativa italiana, a partir de la reunificación, y que tuvo su comienzo con la conocida ley de 20 de marzo de 1865, que unificó los diversos sistemas existentes en los regímenes anteriores, y estableció, de acuerdo con una interpretación rigorista del principio de la división de poderes, un sistema por el cual se atribuía a la jurisdicción ordinaria, la posibilidad de conocer las controversias derivadas de la afectación de los derechos subjetivos de los particulares por la actividad de las autoridades administrativas, en tanto que la de los intereses legítimos, o sea la lesión indirecta de los mismos derechos, se dejó a la revisión de la propia administración.

Es entonces cuando se establece esa división, peculiar del sistema italiano, entre derechos subjetivos e intereses legítimos, cuya afectación debe impugnarse ante diversos órganos, y esta diferenciación perdura hasta la actualidad, aunque no de manera tan rigorista, ya que el artículo 103 de la vigente Constitución de 1948, otorga al Consejo de Estado y los otros órganos de justicia administrativa, jurisdicción para tutelar, frente a la administración pública, de los intereses legítimos, y en los casos particularmente indicados en la ley, también de derechos subjetivos.

Aun cuando los tribunales ordinarios, a partir de la citada ley de 1865, podían conocer de las reclamaciones de los particulares contra los actos administrativos que lesionaran sus derechos subjetivos (afectación directa), sin embargo no podían sustituirse a dichas autoridades, y sólo resolvían sobre la legalidad de tales actos, pero sin establecer una condena respecto de la administración; es decir, únicamente sentencias declarativas, aunque la administración tenía obligación de conformar su conducta a lo resuelto por la autoridad judicial.

Como es natural, tanto la jurisdicción ordinaria como la administrativa han evolucionado hacia una mayor tutela de los particulares, y de esta manera en el Consejo de Estado se fueron creando secciones judiciales para el conocimiento de las reclamaciones por afectación de intereses legítimos, de acuerdo con las leyes de 31 de marzo de 1899, N° 5992; 7 de marzo de 1907, N° 62, y mayo 5 de 1948, N° 642; de manera que en la actualidad, existen tres secciones o salas de jurisdicción administrativa, en el propio Consejo de Estado.

Por otra parte, el artículo 113 de la Constitución vigente de 1948 establece, que no se puede limitar la protección de la autoridad judicial ordinaria a los

derechos subjetivos de los particulares, por parte de las autoridades administrativas.

Sin embargo, como lo advierte el profesor Miele, la evolución favorable que se ha desarrollado en favor de los derechos e intereses de los particulares frente a la administración, no ha sido completa, ni se ha cumplido totalmente con el espíritu tutelar del Constituyente de 1948, y ya que no es posible desconocer la distinción tradicional entre intereses legítimos y derechos subjetivos, que ha sido reconocida por la Carta Fundamental vigente, deben corregirse, al menos, otros errores evidentes.

Así, con toda justificación, el autor considera que deben desaparecer las restricciones que la invocada Ley de 1865, artículo 4º, establece para la justicia ordinaria, con el objeto de respetar el espíritu del artículo 113 constitucional, y por lo tanto, debe reconocérsele no sólo la facultad de anular el acto impugnado, sino también de imponer coactivamente sus decisiones y de adoptar providencias cautelares frente a la administración; y en cuanto a la justicia administrativa, deben establecerse mayores garantías de independencia para los miembros integrantes de las secciones judiciales del Consejo de Estado.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**MORIN. A Constitutional Court for Canada.—V. Derecho constitucional.**

**MOZOS. La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales y el procedimiento de concentración parcelaria.—V. Derecho civil.**

**OAKS. Legal History in the High Court. Habeas Corpus.— V. Derecho constitucional.**

**ORFIELD, Lester B. Can Rules of Evidence be Codified? "North Dakota Law Review", núm. 1, vol. 42, noviembre, 1965, pp. 13-19. Bismarck, N. Dakota, EUA.**

La primera pregunta que formula Orfield, profesor de Derecho en la Universidad de Indiana, es en el sentido de si las reglas de la evidencia (prueba) podrían ser codificadas, a la que él mismo, por supuesto, da una respuesta afirmativa. Ya el Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Earl Warren, había anunciado que dichas reglas estaban siendo incorporadas dentro de un proyecto.

Desde luego, se trata de una codificación de las reglas de la prueba para los sistemas del *common law*, no para los sistemas de derecho escrito, los cuales incluyen en sus códigos procesales y de procedimiento todas las reglas de referencia. Sir James Stephen, de la Gran Bretaña, había promulgado en 1872 la *Indian Evidence Act*, que fue adoptada por Ceilán, Kenia, Nigeria y Uganda.

También el "American Law Institute" había adoptado, en 1942, un Código Modelo de Evidencia.

Si existen principios que son comunes a un sistema, en materia probatoria procesal, puede concluirse que sí puede emprenderse la codificación. El artículo 26 del Reglamento Federal de Procedimiento Criminal de los Estados Unidos establece que "los principios de la **common law** pueden ser interpretados por las cortes en los Estados Unidos a la luz de la razón y la experiencia". El problema radicaría en el procedimiento civil, ya que los estatutos federales sólo se refieren a una pequeña parte de la prueba.

Justice Story, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, decía ya desde 1827: "En general, las reglas de evidencia en casos civiles y penales son las mismas." Sin embargo, en la práctica existen diferencias substanciales entre las normas de procedimiento penal y civil en cuanto a la evidencia se refiere. Bastaría, por ejemplo, con analizar el testimonio en ambos casos para concluir que hay diferencias enormes.

El Comité Consultivo sobre Evidencia trabaja para mejorar la labor de los Comités de Procedimiento Civil y de Procedimiento Criminal. Desde luego que tal esfuerzo tendrá que culminar con la codificación de las reglas de la prueba en las cortes federales.—Pedro Pablo CAMARGO.

**PALOMINO MARÍN, Valeriano. La acumulación procesal. "Revista Iberoamericana de Derecho procesal", 1966, núm. 2, pp. 71-86. Madrid, España.**

A partir del fenómeno de modificación de la competencia judicial por causa de: litispendencia, continencia y conexión, el autor procede a establecer que la primera no lleva a la acumulación sino a la nulidad o inexistencia del segundo proceso; en cuanto a la continencia, produce un cúmulo objetivo necesario por su origen sustantivo; mientras que la conexión es la relación entre dos o más pretensiones, que consiste en la identidad de alguno de sus elementos. La conexión puede ser objetiva o subjetiva, y la primera propia o impropia, según que se dé la identidad de cosas y causas o de cuestiones jurídicas, en la inteligencia de que sólo la propia produce modificación de competencia, pero a través de la acumulación (como en la continencia). Cabe, sin embargo, una acumulación de pretensiones no conexas ni continentes, cuando se efectúa voluntariamente (la conexidad viene dada por la realidad sustantiva). Hay, entonces, tres clases de acumulación: voluntaria (si las partes están de acuerdo y son compatibles pretensiones y procedimientos), obligada (sólo a instancia de parte, sin posibilidad de rechazo por la contraria) y necesaria (pretensiones relacionadas por razón de continencia o de conexión, donde el contradictorio se integra aún de oficio). La primera y la tercera dan lugar, respectivamente, al **litis consorcio** voluntario y necesario.

Esta tesis, según el autor, no intenta quebrantar ninguna sistemática positiva, sino dar eficacia funcional a una teoría general sobre la acumulación. De esta manera se explicarían los fenómenos modificativos de la competencia con sólo

referirlos a la acumulación; y se explicaría también el *litis consorcio* como otro desgajamiento de la acumulación y pluralidad. Así, también, como otra aplicación práctica para combatir la acumulación de procesos (autos, dice Palomino), bastaría una desacumulación a instancia de parte o de oficio, cuando la acumulación retarde el proceso o le sea gravosa: en lugar de prohibir la acumulación de lo acumulable, desacumular lo mal acumulado. La regulación seguiría, por lo mismo, esta línea: requisitos de toda acumulación, particularidades de los diversos modos de acumulación no inicial (al tratar el procedimiento), inserción de una pretensión no ejercida en un procedimiento en marcha, unificación de procedimientos en marcha y, junto a estos supuestos de acumulación directa, el específico de la acumulación inversa o reconvencción; luego vendrían la acumulación necesaria o de oficio, la regulación de los efectos y la norma final de desacumulación. Como principios operarían: el requisito de pretensiones compatibles (con límite de juicios ejecutivos sucesivos, cuando persigan bienes hipotecados), el procedimiento de acumulación por inserción (ampliación y reconvencción), extensión de la cosa juzgada.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

PARKER, Reginald. **Administrative procedure in Austria.** "The American Journal of Comparative Law", vol. 14, núm. 2, primavera de 1965, pp. 322-336. Ann Harbor, Michigan, Estados Unidos.

No obstante que el estudio del derecho administrativo de carácter material o sustantivo ha alcanzado notable desarrollo en los últimos tiempos no sólo en Europa Occidental, sino también en aquellos países en que tradicionalmente dicha materia obtuvo hasta hace poco tiempo, su independencia del derecho privado, como en los países angloamericanos, y también en la doctrina latinoamericana; no ha ocurrido lo mismo respecto del procedimiento ante las autoridades administrativas, que no ha sido objeto de un estudio minucioso por la doctrina y la jurisprudencia, preocupadas por el meteórico desarrollo de los problemas de fondo, que se han incrementado de manera extraordinaria, por el intervencionismo gubernativo en diversos campos, tradicionalmente reservados a la iniciativa privada.

Por todo lo anterior, resultan sumamente provechosos los estudios comparativos como el que se reseña, que analiza un sistema altamente evolucionado en esta materia instrumental administrativa como es el austriaco, con el que se sigue en los Estados Unidos, que sólo hasta hace muy poco tiempo ha sido objeto de una regulación legislativa, en el aspecto federal (**Administrative Procedure Act**).

El profesor Parker estudia primeramente y con brevedad, los antecedentes históricos de las disposiciones legales austríacas sobre esta materia, que desembocaron, después de una lenta evolución —especialmente debida a la jurisprudencia de la Corte Administrativa (**Verwaltungsgerichtshof**) creada por la Constitución de 1867—, en cuatro ordenamientos expedidos entre los años de 1925 y 1926, y que entraron en vigor el primero de enero de este último año, a saber: Ley del procedimiento general administrativo (**Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz**, siglas:

AVG); *Leyes sobre los procedimientos civiles y penales en materia administrativa*; y la *Ley sobre la ejecución administrativa (Verwaltungsvollstreckungsgesetz, siglas: VVG)*.

Se analizan exclusivamente la primera y la cuarta, no sin antes establecer, que sólo se aplican a las disposiciones administrativas particulares, y no comprenden las relativas a las de carácter general, particularmente los reglamentos.

El primero de dichos ordenamientos regula con minuciosidad, pero al mismo tiempo de manera flexible, la tramitación que deben seguir las autoridades administrativas para dictar actos o resoluciones que afecten intereses particulares, y para ello se establece el derecho de audiencia para los afectados, que deben ser llamados para hacer valer sus derechos de manera razonable, y el autor propone varios ejemplos al lector estadounidense, para comparar dichas audiencias con las que se siguen ante las autoridades administrativas de los Estados Unidos.

Se hace particular hincapié en una materia poco explorada en los Estados Unidos, y podemos decir que todavía imprecisa en la legislación y jurisprudencia latinoamericanas, como es la relativa a la cosa juzgada administrativa, cuyos lineamientos se fijan con toda claridad en la ley que se analiza, estableciéndose las excepciones en que pueden revocarse las decisiones administrativas firmes, que, en términos generales, resultan obligatorias para toda clase de autoridades.

También destaca el profesor Parker el procedimiento de ejecución que regula el otro ordenamiento estudiado (*Verwaltungsvollstreckungsgesetz*), que establece normas precisas para que las mismas autoridades administrativas impongan imperativamente sus decisiones; señalándose que por contraste, en los Estados Unidos esta materia está diseminada a través de una serie de procedimientos, inclusive judiciales, que resultaría conveniente unificar.—Héctor FIX ZAMUDIO.

**PELLICER VALERO. Fuentes normativas del Tribunal Común Europeo.—V. Derecho internacional público.**

**PETERSON, Courtland H. Some observations on provisional relief in american law.** "The American Journal of Comparative Law", vol. 14, núm. 2, primavera de 1965, pp. 266-281. Ann Harbor, Michigan, Estados Unidos.

En relación con el estudio del profesor alemán Fritz Baur sobre el desarrollo que en su país han tenido recientemente las medidas precautorias previstas por la Ordenanza Procesal Civil, y que reseñamos en este mismo número del "Boletín", el profesor Peterson realiza un valioso estudio comparativo de esta misma materia en el moderno derecho de los Estados Unidos, haciendo la aclaración que mientras que en Alemania esta materia se encuentra fundamentalmente contenida en un sólo ordenamiento nacional, en Norteamérica es sumamente difusa, ya que muchos aspectos son de carácter local, y algunos otros son regulados por las leyes federales.

No obstante la dificultad señalada, el autor logra una visión panorámica bastante completa de la utilización de las medidas precautorias o cautelares, que se hacen valer fundamentalmente a través del **injunction**, tanto prohibitivo como imperativo, cuando la protección obtenida asume carácter temporal, especialmente tratándose de demandas de alimentos en procedimientos de reconocimiento de paternidad y de divorcio (en cierta medida los alimentos provisionales del derecho mexicano); tratándose de la desposesión de bienes inmuebles; afectación de derechos industriales y mercantiles, particularmente por lo que ve a patentes y marcas; etcétera.

Examina con mayor detenimiento, dentro de la brevedad de su trabajo, la utilización del **injunction** provisional tratándose de actos que afecten tanto la reputación comercial e industrial, como la personal de los solicitantes de la medida, y señala la tendencia restrictiva de los tribunales para otorgar tales providencias protectoras, tomando en consideración que el criterio más reciente de la Suprema Corte sobre la libertad de prensa y de expresión de las ideas hace difícil establecer, cuándo se afecta ilícitamente la reputación de una persona, al menos a través de una apreciación provisional.

Un criterio también restrictivo se advierte en la aceptación de estas providencias en los conflictos laborales, habida cuenta de que se abusó de estos medios para debilitar a los sindicatos de trabajadores, y que la Ley Norris-LaGuardia, promulgada en 1932, prohíbe la utilización del **injunction** provisional como medio de lucha contra las organizaciones laborales por parte de las empresas, aunque esta prohibición fue atemperada, hasta cierto punto, por la más reciente Ley Taft-Hartley (1947-1958).

El profesor Peterson examina las razones por las cuales, a la inversa de lo que ocurre en Alemania Occidental, las medidas precautorias tienden a restringirse, en lugar de ampliarse, particularmente debido a dos principios esenciales del **common law**, el primero de los cuales determina que las medidas cautelares, por regla general, sólo deben tender a la preservación de la situación controvertida, hasta la decisión final de la misma, y además, que nadie puede ser afectado en su derecho sin que previamente se le hubiese dado plena oportunidad de defensa, en tanto, que como es bien sabido, la medida cautelar o precautoria implica una apreciación preliminar o sumaria, y no total, de la situación controvertida.

Estos dos principios, imperan con más o menos fuerza en el derecho estadounidense, habiendo la tendencia a resolver la controversia en cuanto al fondo, al fin de otorgar al **injunction** efectos definitivos y no simplemente provisionales, lo cual no deja de tener sus inconvenientes, como lo señala el autor, ya que el procedimiento civil en los Estados Unidos, en virtud del aumento constante de las controversias, ha dejado, en muchos casos, de ser expedito, y por ello es que resultaría conveniente la adopción de las medidas precautorias en un grado mayor que el que actualmente se admite. — Héctor FIX ZAMUDIO.

PINA MILAN, Rafael de. **Las figuras del proceso penal**. "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo XV, núm. 60, octubre-diciembre de 1965, pp. 961-977. México, Distrito Federal.

El estudio póstumo del destacado jurista español (cuya necrología se publica en la sección informativa de este "Boletín") posee, como todos los anteriores, la sencillez, claridad, y al mismo tiempo profundidad, que no son frecuentes en los escritos jurídicos, que en numerosas ocasiones adolecen de imprecisión, y con esa facultad que caracterizó al ilustre desaparecido, analiza conceptos tan difíciles como los relativos a los sujetos del proceso penal.

El trabajo se inicia con la enumeración de los personajes más importantes del drama procesal penal, que son el Juez, el Ministerio Público, el imputado, el actor popular, las partes y el defensor, que luego clasifica en sujetos parciales e imparciales, considerando únicamente dentro del primer grupo, a las partes propiamente dichas.

Sería muy difícil examinar todos los aspectos que aborda el profesor de Pina en su trabajo, pero podemos mencionar varios sobre los cuales todavía no se llega a una solución definitiva, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Desde luego resalta la situación del Ministerio Público, que ha sido y sigue siendo muy controvertida. El problema fundamental consiste en determinar si tiene el carácter de parte cuando ejercita la acción penal, y el profesor de Pina, con agudos argumentos toma partido por la posición negativa, estimando que el referido Ministerio no puede considerarse como parte ni en el proceso civil ni en el penal, puesto que es un sujeto imparcial, en virtud de que cualquiera que sea la actividad que desarrolla como tal, dentro de la esfera de sus atribuciones, es siempre autoridad y, en consecuencia, no puede ser parte.

No obstante la fuerza de los argumentos anteriores, que son muy atendibles, lamentamos disentir de tan autorizada opinión, ya que en nuestro concepto, la circunstancia de que el Ministerio Público deba estimarse siempre como autoridad —y en este punto compartimos las críticas que el profesor de Pina formuló a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, respecto al doble carácter del referido Ministerio— no impide que actúe como parte tanto en el proceso civil como en el penal, aunque no en todas las situaciones procesales.

Cuando el referido Ministerio Público actúa en ejercicio de la acción penal (o civil) o bien formula impugnaciones, es claro que funciona como parte, pues se encuentra en posición contradictoria al imputado, y en este sentido es parcial, lo que no significa que forzosamente deba llevar hasta lo último la acusación, ya que cuando formula conclusiones no acusatorias, lo que hace es reconocer la inculpabilidad del procesado o la improcedencia de la pretensión acusatoria, y esto puede considerarse equivalente al desistimiento en el proceso civil.

También aborda el profesor de Pina el problema del ofendido, al cual nuestro enjuiciamiento penal sitúa en una posición muy secundaria, y desde luego sin intervención activa en el proceso, a no ser en el sector limitado de la responsabilidad civil o la reparación del daño.

Otros aspectos esenciales que estudia con profundidad el autor son los relativos a la posición del defensor, que no sólo es del imputado sino también del ofendido o del que tiene derecho a la reparación del daño o responsabilidad proveniente del delito, así como la cuestión tan discutida sobre la imputabilidad de las llamadas personas morales, y en cuanto a la representación de la parte, propone el establecimiento, en nuestro derecho, de la figura del procurador. — Héctor FIX ZAMUDIO.

**ROBERES ALVAREZ, José Samuel. El recurso de reposición previo al contencioso-administrativo y conflictos que origina.** "Revista de Derecho Administrativo y Fiscal", año IV, núm. 12, septiembre-diciembre, 1965, pp. 295-332. Vigo, España.

La Ley de lo Contencioso-Administrativo, en su artículo 52, asigna al recurso previo de reposición el calificativo de trámite previo, encasillándolo como un verdadero presupuesto procesal; pero ello es desvirtuado en artículos subsiguientes al permitir que se interponga dentro del trámite del contencioso. La misma jurisprudencia ha vacilado en su apreciación y le ha llamado recurso especial, cuyo defecto puede subsanarse después de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y aun se le estima como simple diligencia preliminar o requisito, o, como en el caso de Pérez Serrano, una manera de perder el tiempo por su nula eficacia práctica. En todo caso, para el autor es una obligación de graves consecuencias si se incumple; es un privilegio de la Administración, dice García de Enterría. Para que la Administración esté en el mismo plano del particular, es menester incardinar el precepto en una interpretación teleológica. Mientras García de Enterría afirma el paralelismo del recurso con el acto de conciliación civil, Garrido Falla piensa que el fundamento del recurso está en la potestad jurisdiccional de la Administración, pues supone la alzada.

El autor opta por la primera postura, considerando que la reposición es movida por el interés de evitar un proceso. En cuanto a la subsanación del defecto, la jurisprudencia ha seguido los tres posibles caminos: en favor de su procedencia incondicional, exigiendo que la parte obre en virtud de providencia del Tribunal o afirmando que el traslado para subsanar no tiene otro efecto que el de conceder al recurrente un tiempo hábil para acreditar que lo interpuso oportunamente, lo que la hace imposible de hecho. Luego de coordinar los artículos 52, 62, 71, 116 y 129 de la ley, con miras a la doctrina del Tribunal Supremo, el autor explica que, en su concepto, estando interesados en el recurso la Administración y los particulares existe interés común: el de la economía procesal que equivale para él a evitar toda situación contenciosa. Es por ello que el particular puede intentar el recurso por acción o directamente y los demás demandados o coadyuvantes, por provocación o indirectamente. En seguida, el autor analiza los conflictos del silencio administrativo ante el recurso de reposición, en particular el que resulta de la resolución administrativa tardía que, para cierta doctrina, significa una rehabilitación del plazo para recurrir y, para otra, lo contrario, porque se produce una situación de firmeza que extingue la acción contenciosa. Roberes se inclina por concebir la resolución tardía como forma de rehabilitar *sub conditione* el plazo, es decir, considerando que el acto administrativo, sobre todo si ha fundado un tercer derecho, no puede exponerse indefinidamente al riesgo de una revisión por recurso. — Humberto BRISEÑO SIERRA.

**SAINZ DE ROBLES, Federico C. La legislación de las Corporaciones en el proceso administrativo.** "Revista de Derecho Procesal", I-II, enero-junio, 1964, pp. 75-94. Madrid, España.

Reiteradamente el Tribunal Supremo viene exigiendo, a las entidades públicas y corporaciones representativas de intereses generales, ostentar su representación en el mismo ámbito territorial que el afectado por los reglamentos. Aquí, el interés se refiere al objeto propio de los entes, lo que induce a errores, pues cabe pensar en la hipótesis de que no existiera entidad nacional, debiendo entonces admitírseles si tuvieran capacidad procesal, que es el dato decisivo. La posición de las partes en el proceso civil queda conectada directamente a la que mantienen con respecto a la relación material, y toca a las partes evitar se emprenda un proceso destinado a desembocar en un prejuicio. En lo administrativo no cabe una afirmación tan absoluta, debiendo indagarse cuándo un acto incide de lleno en la esfera del administrado. Según el Tribunal, el interés consiste en la ventaja o beneficio de la anulación que se pretende, sin que sea necesario un apoyo en precepto legal concreto y declarativo de derecho propio, y aún cabe que el beneficio se desprenda de la realización de una actividad intermedia, siendo a los Tribunales a quienes compete decidir si existe ese interés directo en la anulación. En términos generales, no será, pues, la relación con la Administración sobre la que se base la legitimación, sino sobre el interés (*ad causam*). Entonces, la única clave para la admisión del recurso es el interés directo, pero no basta apreciarlo para que necesariamente se produzca, como cuando se pide el restablecimiento de una situación individualizada cuya resolución no pueda separarse en cuestiones previas y de fondo, o cuando se pide un derecho derivado de anterior titular, etcétera.

De las diversas notas de las corporaciones se desprende que tienen personalidad distinta de sus miembros e, igualmente, capacidad procesal y para ser parte; en consecuencia, no actúan sustituyendo a sus asociados, porque velan por intereses concretos que pueden ser afectados por disposiciones administrativas, lo que las legitima. La legitimación contempla los intereses golpeados por un acto concreto. Quien tenga capacidad procesal genérica para defender tales intereses, quedará legitimado para impugnar el acto, tal y como acontece cuando la ley impide al administrado impugnar disposiciones generales que no hayan de cumplir directamente, correspondiendo la legitimación a las corporaciones e instituciones de derecho público que representen intereses generales, aunque hace falta determinar que la disposición afecte directamente su zona entitativa; sin embargo, debe indicarse que la limitación de impugnación establecida en favor de las corporaciones concierne únicamente a las disposiciones que emanen de la Administración Central, quedando claro, en resumen, que el problema de la legitimación no se acomoda al ámbito de los intereses corporativos. — Humberto BRISEÑO SIERRA.

SANDULLI, Aldo M. *L'indipendenza della Corte Costituzionale*. "Rivista di Diritto Processuale", año XXI (segunda serie), núm. 1, enero-marzo de 1966, pp. 37-51. Padua, Italia.

El distinguido jurista italiano, que ha realizado aportaciones muy importantes en este tema fundamental de la justicia constitucional, aborda en esta ocasión

los problemas relativos a la independencia de la Corte Constitucional italiana, que distingue de los conceptos de imparcialidad del juzgador, consistente en su indiferencia respecto de los intereses en conflicto, o bien de la autonomía del juez, que importa atribuciones de autogobierno o al menos de auto-organización.

Por tanto, la independencia aunque relacionada estrechamente con la imparcialidad y autonomía del juzgador, no puede confundirse con estos elementos, ya que por tal, debe entenderse la posibilidad del órgano judicial de decidir libremente sin presiones de ninguna especie, y sin estar vinculado con los otros órganos del poder, de manera que sólo se encuentra sometido a la ley.

Pero como lo señala con toda precisión el profesor Sandulli, esta independencia resulta más necesaria en cuanto mayor es el grado de discrecionalidad que debe ejercer el juzgador, como ocurre tratándose de los tribunales constitucionales, puesto que, al decidir particularmente sobre el contraste entre las leyes ordinarias respecto de las disposiciones constitucionales, tienen que interpretar normas de un contenido programático o bien operar con fórmulas muy genéricas, que dejan un amplio margen de discrecionalidad al juez constitucional, que lo hacen más sensible a la influencias de los otros órganos del gobierno.

Por ello es que, tanto la Constitución italiana como las leyes reglamentarias, algunas de ellas de carácter también constitucional, han establecido una serie de lineamientos que tienden a garantizar la independencia de la Corte Constitucional, que el autor divide en dos categorías: funcional e institucional.

En cuanto al primer aspecto, la independencia se traduce en la situación que guarda la citada Corte Constitucional como un organismo *superiorem non recognoscens*, puesto que no está sometido sino a la Constitución y a las leyes, siempre que estas últimas en caso de no ser dictadas también por el Constituyente, no sean contrarias a la misma Carta Fundamental, pues en este supuesto, la misma Corte puede realizar esa declaración de inconstitucionalidad.

En cuanto a la independencia institucional, o sea la sustracción de la Corte Constitucional en el plano subjetivo, de cualquier influencia extraña, el ordenamiento italiano establece varios medios para lograrla, en cuanto a la elección de los miembros (que se efectúa parte por el Parlamento y parte por el Presidente de la República); por la circunstancia de que sus funciones son establecidas por la misma Carta Suprema o por leyes constitucionales, y no pueden modificarse sino por ley constitucional; en virtud de que el ejercicio del cargo del juez constitucional no está vinculado con la duración de los titulares de otros órganos, etcétera.

Claro es, como lo señala el profesor Sandulli, que los instrumentos examinados para consagrar la independencia de la Corte Constitucional italiana, tienen algunos puntos débiles que deben corregirse, y particularmente señala el talón de Aquiles que para la independencia en la integración de la misma Corte significa la designación, por el Parlamento, de jueces auxiliares, que no tienen un carácter estrictamente técnico, exclusivamente para los casos en que la Corte funciona como tribunal de responsabilidad respecto de los delitos políticos del Presidente de la República y de los integrantes del Gabinete. — Héctor FLIX ZAMUDIO.

SANTOS BRIZ, Jaime. **Los jueces de paz en Inglaterra**. "Revista de Derecho Judicial", año VI, núm. 24, octubre-diciembre, 1965, pp. 149-154. Madrid, España.

La justicia municipal fue creada en Inglaterra en el año 1360, consistiendo su misión en salvaguardar la paz en el país. Eran, pues, más bien funcionarios administrativos que, en el correr de los tiempos, recibieron mayor número de atribuciones propiamente judiciales. Desempeñado por personas de la nobleza rural, al comenzar el siglo XIX prácticamente tenían el gobierno de los condados, menos en las grandes ciudades. Como resultado de la creación de autoridades administrativas especiales, se redujo su competencia a la actividad jurisdiccional, sin que dejen de cumplir funciones administrativas, como la expedición de licencias para expendio de bebidas alcohólicas y su revocación, así como los horarios. Nombrados por la reina a propuesta del Lord Canciller, en esto se distinguen de sus colegas americanos, elegidos por el pueblo en la mayor parte de los Estados. Desde 1906 se perdió el carácter nobiliario, pero sólo pueden ostentarlo personas acomodadas por ser cargo honorario. Su número va de 20,000 a 25,000 en Inglaterra y Gales, y en muchos condados hay de 300 a 400 y en Lancashire más de 800, pudiendo serlo *ex officio* los Alcaldes de ciertas ciudades. Actúan formando tribunales y como jueces individuales.

En los condados hay tribunales para pequeñas audiencias y un tribunal para sesiones trimestrales que es donde actúan los jueces de paz y cuyo secretario a sueldo fijo, debe ser *barrister* o *solicitor*, con cinco años al menos de práctica y en cuyas manos descansa la responsabilidad. Su competencia es en ciertos litigios laborales, procesos sobre alimentos, medidas provisionales en caso de separación matrimonial, juicios sobre viviendas y semejantes. La restante competencia se desempeña por Tribunales de Condado, creados en 1846 y formados por jueces profesionales a sueldo fijo. En los tribunales trimestrales no hay separación de tareas entre jueces y colegio, si el asunto puede ser resuelto en juicio oral, y actúan en *Magistrate Court* en cuestiones de jurisdicción voluntaria (educación correccional de menores). Su principal competencia radica en las causas penales, distinguiéndose entre instrucción previa o procedimiento sumarial y tribunal de sentencia. El trámite de las causas se distingue por la importancia de la infracción y la clase de tribunal. En pleitos civiles puede recurrirse si la ley lo autoriza, en las penales el acusador no puede impugnar la absolución y el acusado que se reconoce culpable puede alzarse ante el *Quarter Session* por la cuantía de la pena; el no confeso puede elegir entre esa apelación y la del *by case stated* ante la *High Court* (casación), por carencia de motivación. En casos excepcionales, si lo admite el Fiscal general, contra estas sentencias cabe la revisión ante la *House of Lords*; pero las estadísticas muestran un reducido número de apelaciones contra tribunales de jueces de paz. — Humberto BRISEÑO SIERRA.

SIQUEIROS. **El arbitraje comercial en México**. — V. Derecho mercantil.

VESCOVI, Enrique. **La acción de inconstitucionalidad. Algunas premisas sobre el proceso de inconstitucionalidad por vía principal**. "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", 1966, núm. 1, pp. 83-104. Madrid, España.

El distinguido procesalista uruguayo estudia con gran profundidad uno de los aspectos esenciales de la justicia constitucional, que califica con toda propiedad como: "mecanismo indispensable dentro del Estado de Derecho en la defensa de los derechos individuales, hoy preocupación fundamental"; nos referimos a la institución de la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes.

Después de analizar brevemente los variados sistemas para la impugnación de las disposiciones legales contrarias a la Carta Fundamental especialmente sus grandes categorías, es decir por vía principal o directa y por vía incidental (considerada en ocasiones con poca precisión como control por vía de "excepción"), la atención del autor se centra en el primero, que como acertadamente afirma, es el menos estudiado y sobre el cual existe una bibliografía más escasa.

Como correctamente lo sostiene el profesor Vescovi, la declaración de inconstitucionalidad por vía principal, es aquella en la cual, sin necesidad de un juicio previo, el actor puede dirigirse al órgano competente para demandar, por vía de acción, la declaración de la ilegitimidad —o con mayor precisión— inconstitucionalidad de una ley que se considera contraria a las disposiciones de la Carta Fundamental. Esta declaración puede traducirse, o en la desaplicación de la disposición impugnada en beneficio exclusivo del demandante, como ocurre en una gran parte de los regímenes de los países latinoamericanos (entre ellos nuestro juicio de amparo), o bien, en la ineficacia de la norma inconstitucional para todos aquellos que son afectados por su mandato (eficacia *erga omnes*); este último sistema predomina en los países europeos que han establecido Cortes o Tribunales Constitucionales.

Aborda el profesor de la Universidad de Montevideo, después de estudiar breve pero sustancialmente los diversos sistemas que se han adoptado para impugnar la inconstitucionalidad de las leyes, tanto históricas como contemporáneamente el discutido problema de la naturaleza de la función de la declaración de la inconstitucionalidad, que ha sido objeto de un debate apasionado en la doctrina, en el que han participado tratadistas tan ilustres como Kelsen, Calamandrei, Carnelutti, Cappelletti, etcétera, y en el que todavía no se llega a un resultado definitivo.

Sin embargo, consideramos que la posición del profesor Vescovi, que expone con gran claridad y precisión, es la que consideramos más correcta, es decir, aquella que sostiene que dicha función tiene carácter jurisdiccional, aun en el supuesto de que la declaración de inconstitucionalidad adquiera eficacia general, frente al punto de vista muy respetable, de Kelsen y Calamandrei, sobre la naturaleza legislativa o paralegislativa de dicha función, particularmente de los Tribunales Constitucionales de Austria, Italia y Alemania Occidental.

Pero aún más, el autor se afilia al carácter contencioso de dicha función jurisdiccional, frente a la muy aguda y respetable opinión de Cappelletti compartida por Carnelutti, que le otorgan naturaleza de jurisdicción voluntaria. Los argumentos del catedrático uruguayo son sumamente convincentes, al estimar que la resolución de la controversia constitucional por un tercero imparcial, que decide respecto a pretensiones contrapuestas de las partes, no se aparta sustancialmente, del proceso ordinario.

Por lo que se refiere al derecho uruguayo, la Constitución de 1952, que es la vigente, establece tanto el sistema por vía de acción, como el llamado impropia-mente por vía de excepción (más bien, incidental), y lo mismo podemos decir de

nuestro sistema, ya que es posible plantear la inconstitucionalidad de la ley a través del juicio de amparo tanto directamente (por vía de acción), como excepcionalmente, con motivo de una sentencia judicial, en aplicación del artículo 133 constitucional. En ambos sistemas, los efectos de la sentencia siempre son particulares, tanto en México como en el Uruguay, ya que la declaración de inconstitucionalidad se traduce en la desaplicación de la ley combatida, en beneficio exclusivo del demandante.

Compartimos, por tanto, una gran parte de las conclusiones del magnífico estudio del profesor Vescovi, y en lo único que lamentamos disentir es en su afirmación, en el sentido de que en ningún caso la controversia de inconstitucionalidad puede plantearse entre un particular y el legislador, sino siempre entre dos particulares, ya que si bien esto es cierto tratándose de la vía incidental, en que es necesario un proceso previo, en el cual pueda surgir esta cuestión; la vía de acción, por el contrario, en algunos de sus supuestos permite señalar como demandadas, expresa o implícitamente, a las autoridades legislativas, o sea, lo que calificó el ilustre Carnelutti como "proceso al legislador".

Esto lo vemos claramente en nuestro juicio de amparo por vía de acción, en el cual, no obstante el efecto particular de la sentencia, requiere de una demanda en contra de las autoridades legislativas, figurando como acto reclamado la expedición y promulgación de las disposiciones legales cuya constitucionalidad se controvierte (efr. nuestro trabajo: **El juez ante la norma constitucional**, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 57 y ss.).— Héctor FIX ZAMUDIO.

WEINTRAUB, Harold. **Development of scope of review in judicial review of administrative action: mandamus and review of discretion.** "Fordham Law Review", vol. XXXIII, núm. 3, marzo de 1965, pp. 359-392. Nueva York, Estados Unidos.

En este documentado estudio se examina la evolución que ha experimentado la jurisprudencia de los tribunales del Estado de Nueva York, en relación con la revisión judicial de los actos administrativos discrecionales, a través del tradicional **writ of mandamus**, desarrollo que se examina a partir de la segunda mitad del siglo XIX, particularmente de acuerdo con las reglas del Código de Procedimiento Civil de 1880 (**Code of Civil Procedure**).

En los primeros casos que se presentaron en este periodo, la jurisprudencia se orientó en el sentido de que el **mandamus** sólo procedía para la impugnación de aquellos actos administrativos que implicaran obligaciones precisas para las autoridades respectivas (lo que podríamos llamar actividades "regladas"), y desde luego no se aceptaba tratándose de facultades discrecionales, por lo que se le daba al referido **writ** una aplicación tradicional, según los principios del **common law** recogidos por el Código mencionado.

Por otra parte, también se hizo una distinción entre los actos administrativos que eran el resultado de obligaciones precisas de carácter legal y aquellas otras en que era necesario un juicio previo, a través de un procedimiento contradictorio, calificado de "judicial", pues en este último supuesto, el medio de impugnación

admisible, de acuerdo con las mismas reglas tradicionales, era el **certiorari** y no el **mandamus**.

A través del análisis, que con toda minuciosidad realiza el autor, de los casos que estima fundamentales para la revisión judicial de los actos administrativos, se advierte una evolución paulatina para admitir el **mandamus** respecto de la impugnación de actos que impliquen el ejercicio de facultades discrecionales, en un principio con timidez y luego con mayor firmeza, pero siempre que no fuesen el resultado de un procedimiento contradictorio, que como se ha visto, se califica de "judicial", y que sólo pueden ser revisados a través del **certiorari**.

De esta manera se elaboró el principio de la "razonabilidad" del ejercicio de las facultades discrecionales por parte de las autoridades administrativas —que en cierto sentido puede considerarse equivalente al de la "desviación de poder", elaborado por el Consejo de Estado francés respecto de la misma materia—, y por lo tanto, la jurisprudencia se orienta en el sentido de que los tribunales no pueden sustituirse al criterio discrecional de las autoridades administrativas, que sólo pueden impugnarse en el supuesto que tales actos fuese "arbitrarios" o "caprichosos".

Dentro de estos límites, es decir, sin examinar la legalidad de los actos administrativos discrecionales, sino exclusivamente su "razonabilidad", la jurisprudencia de los tribunales del propio Estado de Nueva York han admitido la utilización del **mandamus** como medio de impugnación de tales actos, superando así los principios tradicionales del **common law**, en la inteligencia que la nueva legislación procesal, es decir la codificación denominada **Civil Practice Law and Rules**, promulgada en el año de 1962 en el repetido Estado de Nueva York, no consagra soluciones para este problema, que siguen en el campo de la jurisprudencia.—  
Héctor FIX ZAMUDIO.