

FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

SUMARIO

I. Introducción. II. Derecho procesal y derecho constitucional. III. La jurisdicción como función esencial del Estado moderno. IV. El organismo judicial y su situación frente a los otros departamentos del poder. V. Justicia administrativa y poder judicial. VI. Ministerio Público y judicatura. VII. Abogacía y función judicial. VIII. Las garantías judiciales y de las partes. IX. Los tribunales como garantes de la Constitución. X. Las cuestiones políticas. XI. Los estados de emergencia. XII. El Consejo Judicial. XIII. Facultades colegislativas. XIV. Autonomía financiera. XV. Lentitud y onerosidad procesales. XVI. El acceso a la jurisdicción. XVII. Actividad y pasividad judicial. XVIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la función jurisdiccional y de sus relaciones con el derecho constitucional debe considerarse sumamente complejo debido a que la primera se encuentra en la encrucijada entre el propio derecho constitucional y el derecho procesal, como lo ha señalado con agudeza Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹ lo que ha determinado que los cultivadores de ambas disciplinas aborden la materia desde diversos ángulos, pero sin una mirada de conjunto, que resulta indispensable si se quiere penetrar en la esencia de esta actividad esencial del Estado moderno.

2. Si lo anterior es cierto en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia de una gran cantidad de países, inclusive de aquellos que han estado en la cabeza del estudio de los derechos constitucional y

¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, 1970, p. 103.

procesal,² con mayor razón podemos afirmarlo en relación con Latinoamérica, en la cual se advierte la carencia de estudios comparativos, ya que sólo encontramos el análisis de la función jurisdiccional en los manuales de ambas disciplinas,³ pero por el contrario son escasos los estudios sobre los organismos judiciales latinoamericanos en su conjunto, pudiendo citarse en esta dirección el análisis de la tratadista estadounidense Helen L. Clagget;⁴ algunos otros trabajos más recientes del constitucionalista argentino Salvador Dana Montaña,⁵ y últimamente el que redactó el autor de esta ponencia, pero referido al aspecto más concreto del proceso civil.⁶

Finalmente también debemos mencionar las conclusiones aprobadas en esta materia por varias de las conferencias interamericanas de abogados.⁷

3. Para lograr un análisis fructífero de la función constitucional del organismo o departamento judicial en el ámbito latinoamericano, resulta necesario tender un puente de unión entre los cultivadores del derecho constitucional y los dedicados al estudio del derecho procesal, con el objeto de unificar esfuerzos que hasta este momento y salvo algunas excepciones, no se han coordinado de manera suficiente para obtener un examen profundo y completo de la materia.

II. DERECHO PROCESAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

4. En época reciente, las relaciones entre las dos ramas jurídicas se han estrechado tomando en cuenta el nacimiento de la disciplina instrumental más joven del procesalismo científico, es decir, la que podemos calificar de *derecho procesal constitucional*, cuya iniciación como

² Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965*, México, 1968, pp. 67-116.

³ Algunos aspectos comparativos son abordados por Segundo V. Linares Quintana en su obra *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo IX, Buenos Aires, 1963, pp. 403-440, que por otra parte son bastante menos extensos que los que el mismo autor dedica a los otros departamentos del poder en ese volumen.

⁴ *The Administration of Justice in Latin America*, New York, 1952.

⁵ *Cómo perfeccionar la administración de justicia en Latinoamérica*, sobretiro de la "Revista de Derecho Español y Americano", Madrid, octubre-diciembre de 1966; *Id. La independencia del poder judicial y los problemas de la administración de justicia en el continente*, en "La Ley", Buenos Aires, 13 de junio de 1963, pp. 1-3; *La independencia y la responsabilidad del poder judicial*, en "La Ley", Buenos Aires, 25 de febrero de 1971, pp. 4-7.

⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974.

⁷ Especialmente en las Conferencias XI, Miami, 1959; XII, Panamá, 1963; y XIV, San Juan de Puerto Rico, 1965.

ciencia sistemática se atribuye al ilustre Hans Kelsen,⁸ y que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales; instrumentos que, de acuerdo con la terminología de James y Roberto Goldschmidt, es posible comprender dentro de las normas de carácter *justicial formal*.⁹

A este respecto podemos destacar que, si bien es verdad que en diversas etapas históricas han existido medios para lograr la limitación del poder, e inclusive a fines del siglo XVIII surgió en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 un sistema de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del departamento u organismo judicial,¹⁰ tales instrumentos no fueron analizados en forma sistemática sino a partir de los estudios del fundador de la Escuela de Viena sobre la justicia constitucional,¹¹ los que fructificaron ampliamente con la creación de la Corte Constitucional austriaca en la Carta Fundamental de 1920, con una repercusión muy amplia en las cartas constitucionales de esta segunda posguerra.

5. El derecho procesal constitucional como disciplina científica tiene como objeto el estudio de los instrumentos de garantía constitucional en sentido estricto, los que han adquirido cada vez mayor importancia, en virtud del convencimiento de que las normas constitucionales, que tradicionalmente y en su mayor parte carecían de instrumentos eficaces para imponerse en forma a sus destinatarios, que generalmente tienen el carácter de autoridades, deben contar con los instrumentos procesales necesarios para imponer su cumplimiento.¹²

Desde este punto de vista podemos señalar dos categorías de garantías constitucionales de carácter procesal:

⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 215.

⁹ *Derecho justicial material y Derecho justicial material civil*, respectivamente, el primero traducido por Catalina Grossman, publicados ambos en Buenos Aires, en un solo volumen, 1959.

¹⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, México, 1966, pp. 18-33.

¹¹ Especialmente el clásico estudio intitulado, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", año de 1928, pp. 197-257, publicada posteriormente en el "Annuaire de l'Institut de Droit Public", Paris, 1929, pp. 52-143, trad. española de Rolando Tamayo y Salmerón con el título de *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, en "Anuario Jurídico", México, 1974, pp. 471-515.

¹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 15-18; *Id. Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 1, México, enero-abril de 1968, pp. 108-118.

- a) Las que tienen por objeto la tutela de los derechos de la persona humana en su dimensión individual y social, consagradas en el sector que ha sido calificado con gran penetración por el tratadista italiano Mauro Cappelletti con la denominaciónafortunada de *jurisdicción constitucional de la libertad*.¹³
- b) El sector integrado por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a lograr el cumplimiento efectivo de las disposiciones constitucionales que establecen los límites de atribución de los órganos del poder, o sea lo que tradicionalmente se ha designado parte orgánica de las Leyes Fundamentales, y que podemos calificar como *jurisdicción constitucional orgánica*.

6. Pero existe otro aspecto de las relaciones entre los derechos constitucional y procesal que todavía no ha sido estudiado con la misma intensidad que el relativo al derecho procesal constitucional, o sea el que se refiere a las disposiciones materiales de naturaleza constitucional que establecen las bases esenciales de la prestación jurisdiccional, y que en otra ocasión siguiendo la citada terminología de James y Roberto Goldschmidt denominados *normas justiciales materiales*, que están integradas por las disposiciones fundamentales que establecen las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias procesales en todos sus aspectos.¹⁴

Si pretendemos sistematizar estas normas que señalan las bases esenciales de carácter procesal, indispensables para la prestación jurisdiccional, podemos utilizar el nombre de *derecho constitucional procesal*, que no empleamos como un simple juego de palabras en relación con el derecho procesal constitucional, ya que en tanto que este último es una rama verdadera y propia del derecho procesal general, el primero es una parte del estudio del derecho constitucional, que si bien se encuentra todavía en una etapa incipiente, ya empieza a atraer la atención de los constitucionalistas y de los cultivadores del procesalismo científico, como lo demuestra el coloquio efectuado en la ciudad de Florencia durante los días 5 a 7 de septiembre de 1971, organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, sobre el tema *Las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil*; cuyos trabajos y debates están contenidos en una magnífica publicación,¹⁵

¹³ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961.

¹⁴ *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 30-31.

¹⁵ *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, editado por Mauro Cappelletti y Denis Tallon, Milano-New York, 1973.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 91

en la cual se incluyen dos estudios sobre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.¹⁶

Con excepción de los anteriores, no abundan los trabajos comparativos sobre esta rama constitucional procesal en el ámbito latinoamericano, aun cuando podemos señalar la aportación de carácter nacional, del tratadista ecuatoriano Juan Isaac Lovato.¹⁷

7. Es necesario aclarar que las divisiones anteriores se establecen exclusivamente con un propósito de análisis, ya que en la práctica los límites y las relaciones entre las dos disciplinas que hemos señalado, es decir, los derechos procesal constitucional y constitucional procesal, son imprecisos los primeros y bastante estrechas las segundas, de manera que es preciso incursionar en ambas si se pretende lograr una visión unitaria y de conjunto de la función judicial en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica.

III. LA JURISDICCIÓN COMO FUNCIÓN ESENCIAL DEL ESTADO MODERNO

8. No pretendemos en un trabajo de esta índole lograr un concepto preciso de la función jurisdiccional, que ha sido objeto de debates apasionados, de numerosas teorías y de una falta de acuerdo entre los tratadistas, tanto del derecho constitucional como los de la ciencia del proceso, como lo demuestra el reciente y penetrante estudio del distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.¹⁸

Basta a nuestro propósito la noción aproximada de jurisdicción, estimada como la función pública que tiene como propósito resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas, y que debe resolver un órgano del Estado en forma imperativa y en una posición imparcial.

Esta función jurisdiccional es una de las atribuciones fundamentales del Estado moderno, tomando en consideración que se han ampliado considerablemente tanto el número como la naturaleza de las controversias que surgen de las relaciones sociales cada vez más complejas de las comunidades actuales, con lo cual la estructura, la composición y el funcionamiento de los organismos judiciales se ha complicado mucho.¹⁹

¹⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine*; y Enrique Véscovi y Eduardo Vaz Ferreira, *Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine*, en el volumen citado en la nota anterior, pp. 31-99, y 101-120, respectivamente.

¹⁷ *Principios constitucionales del derecho procesal ecuatoriano*, Quito, 1960.

¹⁸ *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en su obra "Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)", tomo I, México, 1974, pp. 29-60.

¹⁹ Cfr. Luis M. Boffi Boggero, *Función trascendente del poder judicial y la actualidad*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 17 de junio de 1963, pp. 1-5.

9. La unidad de jurisdicción constituyó la aspiración de los revolucionarios franceses frente a la pluralidad de fueros y privilegios procesales de carácter feudal;²⁰ unidad que imperó en los países angloamericanos, los que establecieron los mismos principios para la resolución de las controversias entre particulares y aquellas en las que intervenían autoridades.²¹ Por el contrario en la actualidad se ha llegado a una especialización cada vez más compleja y que tiende a extenderse, con motivo de los nuevos problemas jurídicos que están surgiendo en nuestra época.

Así, con independencia de la justicia administrativa que se inició con el Consejo de Estado francés al lado de los tribunales ordinarios, en los últimos tiempos se han creado organismos judiciales especializados en materia laboral, familiar, constitucional, agraria, etcétera, inclusive en los mencionados países angloamericanos, que durante tanto tiempo mantuvieron la unidad de la jurisdicción.²²

Lo anterior resulta todavía más complicado si se toma en cuenta que en algunos países como la República Federal de Alemania, los organismos judiciales especializados culminan en tribunales supremos independientes para cada materia (civil y penal; administrativa; laboral; social, y constitucional);²³ en otros se sigue el ejemplo francés de la justicia administrativa como dependiente formalmente del ejecutivo;²⁴ en varios ordenamientos los organismos judiciales laborales o los órganos procesales de la seguridad social también pertenecen a la administración;²⁵ y algo similar ocurre con algunos organismos de justicia agraria.²⁶

10. Por otra parte, la jurisdicción también se realiza por organismos diversos de los judiciales, pues además de los mencionados tribunales administrativos, los órganos legislativos ejercen esta función cuando deciden sobre la responsabilidad política de los altos funcionarios, lo que se observa tanto en los ordenamientos angloamericanos que consa-

²⁰ Cfr. Edoardo F. Ricci, *Garanzia costituzionale del processo nel diritto francese*, en "Revista di Diritto Processuale", Padova, abril-junio de 1968, p. 233 y ss.

²¹ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1964, pp. 364-366.

²² Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, New York, 1962, pp. 128-237.

²³ Cfr. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho Político alemán), 18ª ed., München, 1971, pp. 272-302; Hugo Alsina, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal y Civil y Comercial*, 2ª ed., tomo I, Buenos Aires, 1956, pp. 140-144.

²⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, en el volumen colectivo "Veinte años de evolución de los derechos humanos", México, 1974, pp. 224-225.

²⁵ Cfr. Eusebio Guerrero, *Manual de derecho del trabajo*, 6ª ed., México, 1973, pp. 367-390.

²⁶ Cfr. Alberto Germano, *Il processo agrario. Studio comparativo sul diritto europeo occidentale*, Milano, 1973, pp. 121-148; J. Masrevery, *Derecho agrario y justicia agraria*, Roma, marzo de 1974, pp. 35-66.

gran el *impeachment* como en varios países latinoamericanos que han seguido su ejemplo.²⁷

11. Las leyes fundamentales se han preocupado por establecer las bases esenciales de la función jurisdiccional, las cuales varían según las épocas y los sistemas políticos, pero inclusive la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que puede considerarse como uno de los documentos constitucionales más breves todavía en vigor, dedica su artículo tercero, que es bastante amplio, al poder judicial federal;²⁸ y la Carta Suprema de la República Popular China, expedida el 17 de enero de 1975, que es sin duda la más esquemática de nuestra época, consagra en su artículo 25, los lineamientos de los tribunales populares en sus diversos grados y jerarquías.²⁹

Resulta explicable que las constituciones latinoamericanas, y particularmente las más recientes, consagren en su articulado los principios básicos de la estructura, nombramiento, atribuciones y competencia genérica de los organismos judiciales, así como los lineamientos básicos de los derechos de las partes y de las funciones del juzgador; y en ocasiones, como ocurre con el artículo 107 de la Constitución Federal mexicana de 1917, las reglas esenciales de la tramitación de nuestra máxima institución procesal, es decir, del juicio de amparo.³⁰

IV. EL ORGANISMO JUDICIAL Y SU SITUACIÓN FRENTE A LOS OTROS DEPARTAMENTOS DEL PODER

12. El llamado principio de la división de los poderes divulgado por el barón de Montesquieu,³¹ y que otros autores han calificado como separación o colaboración de funciones,³² después de haber sido

²⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo VIII, Buenos Aires, 1963, pp. 470-490.

²⁸ Cfr. entre muchos otros, Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 13ª ed., New York, 1964, pp. 132-158.

²⁹ El primer párrafo de dicho precepto establece: "El Supremo Tribunal Popular, los tribunales populares locales en diversos niveles, y tribunales populares especiales ejercen la función judicial. Los tribunales populares son responsables y deben dar cuenta de sus actividades ante las asambleas populares y sus órganos permanentes, en los niveles respectivos. Los presidentes de los tribunales populares son designados y removidos por los órganos permanentes de las asambleas populares en los niveles correspondientes."

³⁰ El citado precepto constitucional es bastante detallado en cuanto a las bases reguladoras del juicio de amparo, que desarrolla en XVIII fracciones.

³¹ *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, trad. de Nicolás Estévez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, pp. 202-212.

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1957 y 1917*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-36.

considerado como un verdadero dogma del constitucionalismo clásico,³³ ha entrado en crisis, a tal grado que el distinguido constitucionalista occidental Karl Loewenstein, lo consideró como obsoleto,³⁴ en tanto que los juristas socialistas lo rechazan de manera categórica.³⁵

El citado principio no puede entenderse en la actualidad con la rigidez con la que fue implantado en algunos textos constitucionales de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, pero posee todavía significación en la actualidad, en cuanto es necesario distribuir las diversas funciones entre los organismos estatales, para lograr su equilibrio recíproco y evitar la concentración del poder.

13. Por otra parte, desde que Aristóteles las puso de relieve,³⁶ siguen teniendo vigencia las tres funciones esenciales del Estado: administración, legislación y jurisdicción, y si bien algunos tratadistas han querido descubrir alguna o algunas otras,³⁷ no han podido justificar sus diferencias con las que integran la trilogía tradicional.

Es verdad que esas tres funciones no pueden atribuirse en forma matemática y exclusiva a cada uno de los tres departamentos del Estado, pero sí existe la tendencia a conferir a los sectores del poder las funciones para las cuales se encuentran mejor estructurados.

Así, el departamento ejecutivo —cuya denominación tradicional se conserva por no haberse encontrado alguna mejor—³⁸ posee atribuciones en esencia administrativas y de gobierno; el organismo legislativo,

³³ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1975, pp. 51-55.

³⁴ *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964, pp. 54-55; *Political Power and the Governmental Process*, 2ª ed., Chicago, 1965, p. 34.

³⁵ Un ejemplo se puede encontrar en el estudio monográfico del jurista búlgaro Joroslav Radew, intitulado, *Montesquieu und seine Lehre von der Teilung der Gewalten* (Montesquieu y su teoría de la división de los poderes), en "Staat und Recht", año VI, cuaderno 6, Berlín, diciembre de 1955, especialmente pp. 929-930.

³⁶ *La Política*, libro IV, capítulo XI, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, 1963, especialmente pp. 130-131.

³⁷ El profesor mexicano Alberto Trueba Urbina confiere a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, que operan como tribunales laborales, la categoría de poder constitucional de justicia social, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 2ª ed., México, 1973, pp. 235-237; en tanto que el jurista italiano Gaetano Azzariti, atribuye a la Corte Constitucional Italiana el carácter de órgano constitucional que se encuentra fuera y al lado de los tres poderes tradicionales, en su discurso publicado en la "Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Milano, septiembre de 1958, p. 1443 y ss.; y en su trabajo intitulado *Sulla illegittimità costituzionale delle leggi*, en la misma "Rivista", 1959, pp. 437-450; y en este último sentido también Nicola Jaeger, *La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, en "Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile", Milano, septiembre de 1958, p. 773 y ss.; y en *Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, 1958, pp. 372-373.

³⁸ Cfr. entre otros, Paul Marie Gaudemet, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, Paris, 1966, pp. 8-13.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 95

esencialmente aprueba leyes —aun cuando intervenga cada vez menos en su elaboración—,³⁹ y la función judicial se atribuye en forma predominante a los tribunales, por considerarse que son los jueces los que ofrecen, por su formación profesional, por su preparación técnica y por su independencia, la mejor posibilidad de una resolución justa de las controversias procesales.

Sin embargo, la situación de estos tres departamentos y de las funciones mencionadas ha variado con las modificaciones de las estructuras políticas y constitucionales, por lo que se puede observar fácilmente que el organismo judicial ha sufrido una transformación notable, especialmente en el sistema continental europeo, ya que como se ha dicho, en los países angloamericanos siempre se ha reconocido el papel creador y la importancia política de la función judicial.

14. En efecto, partiendo en este aspecto de las ideas del barón de Montesquieu sobre la posición de inferioridad de la función judicial,⁴⁰ y por el contrario, del predominio del órgano legislativo, los revolucionarios franceses siguieron algunos ejemplos históricos⁴¹ al privar a los jueces de la facultad de interpretar las normas legislativas, y crearon, por una parte, el tribunal de casación para vigilar a los tribunales en su función de aplicar mecánicamente las propias disposiciones legislativas,⁴² y por la otra el Consejo de Estado para evitar que los mismos jueces pudiesen resolver los conflictos administrativos.⁴³

La situación cambió paulatinamente en el transcurso del siglo XIX, en cuanto se fue abandonando la interpretación exegética y predominantemente lógica, para admitir el carácter creador de la jurisprudencia.

³⁹ Esta situación se observa aun en los países tradicionalmente parlamentarios como Inglaterra, según lo demuestra la comisión designada por el lord canceller con el objeto de estudiar las facultades del gabinete, incluyendo la legislación delegada al ejecutivo, y que rindió su informe en 1932, y que puede consultarse en su traducción española en el libro de Rodolfo Blendel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, pp. 171-246.

⁴⁰ Son famosas las palabras del publicista francés; después de afirmar que el poder judicial es casi nulo: "Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma...", *El espíritu de las leyes*, cit., libro XI, capítulo VI, p. 209.

⁴¹ Debe recordarse que tanto Justiniano en su época, como Federico de Prusia en 1780, prohibieron a los jueces interpretar sus códigos, *cfr.* José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, s. f., pp. 138-139.

⁴² *Cfr.* Piero Calamandrei, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, vol. 2, Buenos Aires, 1945, reimpresión, 1961, pp. 59-107.

⁴³ *Cfr.* Maxime Letourner, "El Consejo de Estado Francés", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

cia,⁴⁴ hasta reconocer la importancia de la función judicial, inclusive en los países de Europa continental, que hasta hace poco tiempo se resistían a admitir el papel creador de los tribunales, que se había postulado tradicionalmente en los países angloamericanos (*judge make law*).⁴⁵

15. Pero un problema distinto es el relativo a la función política del organismo judicial, como un verdadero órgano de poder frente a los otros departamentos que han tenido el predominio casi absoluto del ejercicio del poder político.

En efecto, hasta que Hans Kelsen, al terminar la Primera Guerra Mundial, sostuvo la necesidad de una jurisdicción constitucional, en los países europeos continentales, el organismo judicial se consideraba subordinado, sin intervención en las decisiones políticas fundamentales, pero a partir de entonces y especialmente en la segunda posguerra, se han multiplicado los tribunales constitucionales, al reconstituirse la Corte Constitucional austriaca (1945), y crearse cortes o tribunales constitucionales en Italia (1948); la República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961); Yugoslavia (1963 y 1974); Grecia (1968), etcétera, con lo cual forzosamente se reconoció la actividad política de los tribunales especializados en la materia constitucional.⁴⁶

Los juristas europeos acostumbrados a la tradición del predominio del parlamento como representante de la voluntad general, en un principio contemplaron con preocupación la función política de los órganos constitucionales, por lo que algunos, entre ellos el propio Kelsen, consideraron a los tribunales constitucionales como órganos paralegislativos;⁴⁷ otros atribuyeron a tales tribunales el carácter de organismos constitucionales autónomos,⁴⁸ en tanto que varios, no obstante admitir

⁴⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juez ante la norma constitucional*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 57, enero-marzo de 1966, pp. 29-35.

⁴⁵ Cfr. Benjamín N. Cardozo, *Naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponssa, Buenos Aires, 1955, p. 119 y ss.

⁴⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 74-89; Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política*, trad. de León Cortiñas Peláez, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, 1967, pp. 245-262.

⁴⁷ Cfr. Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, cit., p. 491, sostiene que "un tribunal facultado para anular leyes, funciona como legislador en sentido negativo", en tanto que Piero Calamandrei, en su obra *Ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, en el volumen "Estudios sobre el proceso civil", Buenos Aires, 1962, p. 84, considera al tribunal constitucional como un órgano "paralegislativo o superlegislativo".

⁴⁸ Como los tratadistas y magistrados de la Corte Constitucional italiana, Gaetano Azzariti y Nicola Jaeger, citados en la nota 37 de este trabajo.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 97

su naturaleza judicial, llegaron a temer una serie de conflictos entre los jueces constitucionales y los otros órganos del poder, particularmente los legislativos.⁴⁹

Por su parte, la tradición ha pesado demasiado en los constituyentes franceses, y les ha impedido admitir esta atribución política de los tribunales, por lo que han conferido a un órgano claramente político —el Comité Constitucional de la Carta de 1946, y el Consejo Constitucional actual— la función del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes,⁵⁰ y han conservado la prohibición a los jueces para intervenir en la decisión sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, no obstante la opinión contraria de destacados tratadistas.⁵¹

16. Todo lo anterior es importante en el ámbito latinoamericano, pues tanto en la teoría como en la práctica han chocado las tendencias angloamericanas y las europeas, especialmente las francesas, en cuanto a la concepción del papel político del organismo judicial.

Efectivamente, se ha discutido mucho en nuestros países si el organismo judicial tiene o carece de verdadero poder político frente a los otros departamentos, y especialmente el ejecutivo, que ha predominado casi en forma absoluta frente a la debilidad real del órgano legislativo, como lo demuestran los agudos planteamientos de dos tratadistas, uno mexicano, Antonio Carrillo Flores,⁵² y el otro argentino, Jorge Reinaldo A. Vanossi,⁵³ que han señalado la separación que se ha hecho entre la función judicial y la política de las dos Cortes Supremas.

Se explica esta división si se toma en cuenta que el ilustre constitucionalista mexicano Emilio Rabasa planteó en los primeros años de este siglo, la debilidad del organismo judicial, al estimar que carecía de verdadero poder político, por su falta de iniciativa, de unidad y de autoridad general,⁵⁴ y esta opinión ha predominado entre los tribunales de los organismos del poder e inclusive entre los mismos jueces

⁴⁹ Cfr. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1963, pp. 35-63.

⁵⁰ Entre otros, cfr. Salo Engel, *El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra*, en "Revista Jurídica Interamericana", Nueva Orleans, 1964, p. 90 y ss.; Maurice Luverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 11ª ed., Paris, 1970, pp. 816-819.

⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 64-66.

⁵² *La Suprema Corte como poder y como tribunal*, México, 1972, incluido posteriormente en su libro *La justicia federal y la administración pública*, México, 1973, pp. 299-322.

⁵³ *La Corte Suprema: ¿Tribunal o Poder?*, en "Revista Jurídica de San Isidro", Argentina, 1969, pp. 237-253.

⁵⁴ *La Constitución y la dictadura*, 3ª ed., México, 1956, p. 189.

supremos, ya que salvo contadas excepciones, se han mostrado muy tímidos en sus decisiones de carácter político.

17. Una abrumadora mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos han adoptado el sistema estadounidense, que atribuye a los tribunales, especialmente los de carácter supremo, la función de decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad.⁵⁵

Pero en gran parte, lo anterior se traduce en una situación puramente formal, ya que con algunas excepciones, los jueces latinoamericanos no han podido ejercer sus atribuciones constitucionales debido al temor que sienten frente a un ejecutivo predominante y absorbente, y a los subterfugios a los que recurren los gobernantes para evitar la molesta intervención de los jueces, tanto en la tutela de los derechos fundamentales, como respecto de la constitucionalidad de las leyes; a través de frecuentes declaraciones de estados de emergencia; expedición de estatutos revolucionarios y actas institucionales; la interpretación desorbitada de las “cuestiones políticas” no justiciables; presiones directas o indirectas sobre los tribunales, etcétera.

18. Sin embargo, ahora más que en ninguna época de la historia latinoamericana, resulta indispensable el rescate de la autoridad política del organismo judicial, claro que no en un sentido partidario, sino como intervención técnica para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales evitando que dichas normas sean interpretadas en forma arbitraria tanto por el poder ejecutivo predominante, como también por el órgano legislativo, que con tanta frecuencia se encuentra supeditado, cuando no es absorbido por el primero.⁵⁶

A este respecto debemos recordar los importantes estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti sobre la importancia de la función del control de la constitucionalidad de las leyes en el cuadro de las funciones del Estado moderno;⁵⁷ pero además de esta atribución, el organismo judicial tiene a su cargo otras funciones que también tienen carácter constitucional, como la interpretación directa o indirecta de las disposiciones fundamentales; la tutela de los derechos humanos consagrados constitucionalmente; la uniformidad de la jurisprudencia,

⁵⁵ Cfr. entre otros, Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, en “Ohio State Law Journal”, otoño de 1960, pp. 570-615.

⁵⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano*, en el volumen “Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado”, México, 1971, pp. 271-309; y posteriormente en el volumen colectivo, “Interpretación constitucional”, México, 1975, pp. 9-45.

⁵⁷ *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, en la obra “Studi in onore di Guido Zanobini”, vol. III, Milano, 1962, pp. 77-122.

etcétera, que hasta ahora han permanecido como una aspiración pocas veces realizada en la vida política latinoamericana.

V. JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y PODER JUDICIAL

19. En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos existe una verdadera anarquía en cuanto al encuadramiento de los órganos que conocen de los procedimientos que se agrupan bajo la terminología francesa de “contencioso-administrativo”,⁵⁸ y también existe confusión respecto a las relaciones de dichos organismos con los tribunales ordinarios.

En efecto, mientras algunos países han continuado con el modelo angloamericano —que también tiene su base en la tradición judicialista de la época colonial— de atribuir la resolución de los conflictos administrativos a los tribunales ordinarios,⁵⁹ en otros ordenamientos el tribunal de lo contencioso administrativo se considera como un organismo judicial independiente de los propios tribunales ordinarios, siguiendo en esto el sistema germánico, como ocurre, por ejemplo, en la Ley Fundamental de Uruguay,⁶⁰ hasta llegar a las legislaciones que han seguido más de cerca el modelo francés del Consejo de Estado, como ocurre claramente en Colombia,⁶¹ y en cierta medida, en Ecuador.⁶²

También nuestro país constituye un ejemplo de la imprecisión del encuadramiento de los órganos de justicia administrativa, en cuanto después de haber seguido el sistema angloamericano tradicional, al conferir la resolución de las controversias administrativas a los tribunales ordinarios, en el año de 1936 se crea el Tribunal Fiscal de la Federación, inspirado en el modelo francés de la jurisdicción delegada, y que sirvió a su vez de ejemplo a otros países latinoamericanos en cuanto al carácter específico de la jurisdicción tributaria;⁶³ este

⁵⁸ Cfr. La acertada crítica de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a esta terminología, ya que estima con toda razón que debe sustituirse por la de “proceso administrativo”, *Proceso administrativo*, en su obra “Estudios Procesales”, Madrid, 1973, p. 452.

⁵⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, en la obra “Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués Laso”, vol. III, Madrid, 1969, pp. 1057-1058.

⁶⁰ Cfr. Klaus Vogel, *La tutela jurídica frente al poder público en la República Federal de Alemania*, trad. de José Luis Barrios; Horacio Cassinelli Muñoz, *Confrontación entre los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y en Uruguay*, ambos en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, tomo 66, números 7-8, Montevideo, pp. 153, 168.

⁶¹ Cfr. Jorge Ortega Torres, *Código Contencioso Administrativo*, 2ª ed., Bogotá, 1965.

⁶² Cfr. Juan I. Lovato, *Principios constitucionales del derecho procesal ecuatoriano*, cit., pp. 114-115.

⁶³ Se han establecido tribunales fiscales en México, Argentina, Costa Rica, El Sal-

mismo sistema se continuó en el Código Fiscal Federal de 1938, aun cuando aumentando la competencia del citado tribunal respecto de conflictos que no pueden considerarse estrictamente tributarios; pero ya en la Ley Orgánica del propio tribunal, que entró en vigor en abril de 1967, se reconoce la plena autonomía del citado organismo tanto de la administración como de los tribunales ordinarios, lo que se complementó con la reforma constitucional de 1968;⁶⁴ y por otra parte, en el año de 1971 se estableció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, con características similares, aun cuando con una competencia más amplia de ámbito local,⁶⁵ todo lo cual indica que el ordenamiento mediano se ha aproximado al sistema germánico.

Pero queda todavía una gama bastante amplia de actos y resoluciones administrativas, tanto en las entidades federativas como en la esfera nacional, que no pueden impugnarse ante dichos órganos de justicia administrativa, y por lo mismo, deben combatirse ante los tribunales federales a través del juicio de amparo.⁶⁶

20. Los ejemplos anteriores demuestran que los modelos tradicionales angloamericano y el continental europeo, especialmente el francés, se disputan la primacía en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos; lo que se complica si se toma en cuenta que en los propios países angloamericanos se ha presentado el fenómeno de la proliferación de organismos parajudiciales (*tribunals*) y de órganos

vador, Ecuador y Venezuela, pudiendo también señalarse a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, que si bien no poseen tribunales especiales para la materia tributaria, han regulado procedimiento especial para este sector; *cfr.* Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 270 y ss.; Adolfo Atchabahian, *Lo contencioso tributario en América. Ubicación del Tribunal Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos*, en el volumen "Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1966, pp. 141-191.

⁶⁴ En efecto, en el texto actual del segundo párrafo de la fracción I, del artículo 104 de la Constitución Federal, se dispone: "Las leyes federales podrán instituir *tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía* para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales (Territorios que posteriormente se convirtieron en Estados), y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones..."

⁶⁵ *Cfr.*, entre otros, Alfonso Nava Negrete, *Notas sobre lo contencioso administrativo del Distrito Federal*, en "Revista del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal", México, julio de 1973, pp. 41-70.

⁶⁶ *Cfr.* Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, en el volumen "El pensamiento jurídico de México en el Derecho Constitucional", México, 1961, pp. 111-132; Antonio Carrillo Flores, *La justicia federal y la administración pública*, cit., pp. 233-265.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 101

administrativos con facultad para resolver conflictos administrativos (*administrative agencies*), que desde los primeros años de este siglo fueron contemplados con preocupación por los juristas británicos.⁶⁷

Existe, pues, una verdadera confusión en cuanto a la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos de justicia administrativa en Latinoamérica,⁶⁸ lo que inevitablemente influye en la imprecisión de las relaciones de estos organismos con los tribunales ordinarios, cuando los primeros no están encuadrados dentro del departamento judicial.

Por tanto, resulta necesario profundizar en los estudios comparativos de la justicia administrativa en nuestro continente para proponer soluciones que permitan una mejor estructuración de los organismos correspondientes, que con independencia de su encuadramiento, deben considerarse comprendidos claramente dentro de la función judicial, y como uno de sus aspectos de mayor trascendencia, si se toma en consideración que es precisamente la administración la que con mayor frecuencia afecta la esfera jurídica de los particulares, e incluso de otras autoridades, y que por otra parte, esa actividad administrativa, en forma directa o indirecta, puede infringir los derechos humanos consagrados en la Ley Suprema como se ha puesto de relieve respecto del Consejo de Estado francés, el cual, en ausencia de una jurisdicción constitucional especializada, bajo la apariencia de un simple control de legalidad, ha realizado una encomiable labor en el campo de la tutela de los derechos fundamentales.⁶⁹

21. El distinguido administrativista y procesalista español Jesús González Pérez ha puesto de relieve los difíciles problemas a los cuales tiene que enfrentarse todo ordenamiento jurídico que pretenda someter los actos administrativos a los estrictos principios de la legalidad, y en esta dirección es el proceso administrativo el único instrumento que, no obstante sus limitaciones, puede lograr, así sea en forma restringida, la sujeción de la administración cada vez más poderosa, a los principios jurídicos, para la tutela de los derechos, cada vez más exiguos, de los administrados.⁷⁰

Para lograr una cierta limitación de la arrolladora actividad administrativa, es necesario transformar el concepto tradicional de los desor-

⁶⁷ Cfr. Rodolfo Blendel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, cit., pp. 247-303.

⁶⁸ Cfr. Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, cit., pp. 177 y ss.

⁶⁹ Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris, 1966, especialmente, pp. 7-58.

⁷⁰ *Administración pública y libertad*, México, 1971, pp. 76-90.

bitados privilegios sustantivos y procesales de la Administración, que todavía parecen seguir el viejo principio de la revolución francesa: "Juzgar a la administración es también administrar."⁷¹

22. Tenemos la convicción de que debe modificarse sustancialmente el enfoque que ha prevalecido en la regulación de los organismos de justicia administrativa en los ordenamientos latinoamericanos, de manera que, cualquiera que sea su encuadramiento formal dentro de los departamentos del poder, se incorporen dichos órganos plenamente a la función judicial, en cuanto a su integración, competencia y funcionamiento, siguiendo hasta donde sea posible, el ejemplo de la jurisprudencia establecida por los tribunales federales en los Estados Unidos, que han exigido el establecimiento de las garantías judiciales y de las partes, en el funcionamiento de los organismos administrativos facultados para resolver controversias administrativas.⁷²

23. Por otra parte, sería preferible, como se ha sostenido en nuestro país en varias ocasiones,⁷³ abandonar el sistema de tribunales administrativos con competencia limitada (como ocurre tratándose de los fiscales), para adoptar el de un organismo judicial con una competencia genérica que conozca de todas las impugnaciones de las resoluciones y actos de la administración activa, y de esta manera se evite su fraccionamiento,⁷⁴ pero además, debe dotarse a este tribunal de todas las atribuciones de los organismos judiciales ordinarios, entre ellas la de ejecutar en forma imperativa los fallos condenatorios de la administración,⁷⁵ que es la que más resistencia encuentra por parte de las auto-

⁷¹ Cfr. Pierre Sandevour, *Etudes sur le recours de pleine jurisdiction*, Paris, 1964, especialmente pp. 115 y ss.

⁷² Cfr. Vincenzo Vigoriti, *Costituzione e giustizia amministrativa negli Stati Uniti d'America*, en "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico", Milano, 1970, pp. 1201-1222.

⁷³ Cfr. Dolores Heduán Virués, *Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa*, en el volumen colectivo "Estudios de Derecho Público Contemporáneo", México, 1972, pp. 127-140.

⁷⁴ Se han elaborado varios proyectos en el seno del mismo Tribunal Fiscal, para transformarlo en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el primero de ellos en 1964 y el segundo en 1973, a través de sendos Anteproyectos de la Ley Federal de Justicia Administrativa, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 81-82, enero-junio de 1971, pp. 114 y 115.

⁷⁵ De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Fiscal de la Federación carece de imperio para hacer ejecutar sus fallos, de manera que cuando la autoridad administrativa se niega o evade el cumplimiento de las sentencias respectivas, el afectado debe acudir al juicio de amparo para lograr la satisfacción de sus derechos, cfr., tesis 256 y 257, pp. 309-316, del volumen relativo a la Segunda Sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1965.

ridades afectadas, las que por todos los medios pretenden conservar sus privilegios tradicionales, desvirtuando la posibilidad de una verdadera justicia administrativa.⁷⁶

VI. MINISTERIO PÚBLICO Y JUDICATURA

24. El Ministerio Público es una institución sumamente compleja cuya naturaleza y atribuciones todavía no se han precisado lo suficiente, ya que con independencia de las disímbolas facultades que se le confieren, inclusive dentro de su función tradicional de persecución de los delitos, se discute su situación como parte en el proceso penal.⁷⁷

Como si lo anterior fuese poco, en el ámbito latinoamericano se han mezclado una serie de instituciones que otorgan al propio Ministerio Público un carácter ambiguo, en cuanto se han confundido las figuras del viejo promotor o procurador fiscal español;⁷⁸ con el Ministerio Público en estricto sentido, de origen francés,⁷⁹ e inclusive con el *Attorney General* de los países angloamericanos.⁸⁰

Por otra parte, también existe anarquía en cuanto a la designación y encuadramiento del Ministerio Público latinoamericano, ya que en algunos ordenamientos el nombramiento lo efectúa el cuerpo legislativo;⁸¹ en otros se realiza por concurso, en la misma forma que los miembros de la judicatura;⁸² y finalmente, es frecuente que dependan del departamento ejecutivo.⁸³

⁷⁶ Cfr. Jesús González Pérez, *La inejecución de las sentencias administrativas*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436.

⁷⁷ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, México, 1974, pp. 203-212.

⁷⁸ Cfr. Manuel de la Plaza, *Derecho procesal civil español*, 3ª ed., tomo I, Madrid, 1951, pp. 195-196.

⁷⁹ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, cit., pp. 198-199.

⁸⁰ Este funcionario designado por el presidente de los Estados Unidos con aprobación del Senado, asumió importancia desde los primeros años de aplicación de la Constitución Federal, cfr. Joseph Story, *Comentario abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos*, México, 1879, pp. 446-447.

⁸¹ Como ocurre, por ejemplo, con el fiscal general de la República de Venezuela, que es designado por las Cámaras del Congreso, en sesión conjunta, de acuerdo con el artículo 219 de la Constitución Nacional.

⁸² Podemos citar como ejemplos, al menos respecto de los agentes del Ministerio Público, en Brasil y en Colombia, de acuerdo con los artículos 95 fracción 1ª y 96; y 162, respectivamente de las cartas fundamentales de estos países.

⁸³ Esto ocurre con las posiciones más elevadas del Ministerio Público, generalmente a cargo del procurador general, y al respecto podemos mencionar, en vía de ejemplo, a Bolivia, artículo 129 (con el nombre de fiscal general); Brasil, artículo 95; Guatemala, artículo 221; y México, artículo 102.

La dependencia del ejecutivo, que consideramos la más inconveniente, como ocurre en México, tiene su origen en la confusión de las atribuciones del órgano del Ministerio Público como representante social y titular de la acción penal, con la asesoría jurídica del gobierno, que se concentran en la figura del llamado procurador general,⁸⁴ y por ello consideramos mucho más lógica la separación que realiza la Constitución venezolana de 1961, entre el fiscal general como cabeza del Ministerio Público, y el procurador general de la república como asesor jurídico del gobierno federal.⁸⁵

En virtud de todo lo anterior, estimamos que para una correcta colaboración del Ministerio Público con los tribunales, debe perfeccionarse la corriente que actualmente se advierte en algunas cartas fundamentales de las provincias argentinas,⁸⁶ y también en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú de 1963,⁸⁷ en el sentido de que el propio Ministerio Público forma parte del organismo judicial, con las mismas garantías que se confieren a la judicatura, que por otra parte, es el criterio que se ha seguido por el artículo 107 de la Constitución italiana de 1948.⁸⁸

25. En consecuencia, consideramos que la función del Ministerio Público debe considerarse comprendida en la del organismo judicial, con independencia de su encuadramiento, ya que resulta evidente que la prestación jurisdiccional tanto en la materia penal, como en algunas otras de contenido social, como las controversias de carácter familiar,

⁸⁴ Que son precisamente los casos de Brasil, Guatemala y México, mencionados en la nota anterior.

⁸⁵ La Procuraduría General de la República está regulada por los artículos 200-203 de dicha carta fundamental, y está encabezada por un procurador general nombrado por el presidente de la República con autorización del Senado; en tanto que el fiscal general de la República es designado, como se expresó en la nota 81 de este trabajo, por las dos Cámaras reunidas del Congreso Nacional, en los términos de los artículos 218-222, de la misma Constitución.

⁸⁶ En forma expresa, incluyen a los funcionarios del Ministerio Público dentro del organismo judicial, las Constituciones de las Provincias del Chaco, 1957, artículo 165; La Pampa, 1960, artículo 81; Misiones, 1958, artículo 142, y Río Negro, 1957, artículo 124; *cfr.* Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 119, 192, 217 y 281-282, respectivamente.

⁸⁷ El artículo 330 del citado ordenamiento dispone: "El Ministerio Público es un organismo que integra el Poder Judicial, con las atribuciones que señala la presente ley."

⁸⁸ Dicho precepto que está situado en el título IV, relativo a la Magistratura, dispone: "El Ministerio Público gozará de las garantías establecidas, con respecto a él, en las normas sobre el ordenamiento judicial." *Cfr.*, entre muchos otros, Enrico Spagna Musso, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, en "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", Milano, abril-junio de 1963, pp. 398-438; Carlo Massa, *Aspetti della riforma nel processo penale*, en la misma "Rivista", julio-septiembre de 1963, pp. 735 y ss.

laboral, agrario, etcétera,⁸⁹ sólo puede realizarse de manera eficaz si se cuenta con la colaboración de un órgano del Ministerio Público independiente y autónomo.⁹⁰

26. A este respecto podemos mencionar que en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en la ciudad de México en el mes de febrero de 1960, se aprobó por aclamación la recomendación en el sentido de que: "El Ministerio Público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial."⁹¹

27. También en el ámbito latinoamericano es preciso mencionar la introducción de un nuevo modelo de Ministerio Público, a través de reforma constitucional de 13 de junio de 1973, a la Ley Fundamental de Cuba de 1959, que estableció la Fiscalía General de la República,⁹² respecto de la cual se ha establecido el Reglamento de 25 de septiembre del propio año.

La Fiscalía General de Cuba significa la implantación de la figura peculiar de la Procuratura soviética, que ha servido de modelo a los restantes países socialistas, como órgano de vigilancia y cumplimiento de la legalidad socialista, entre cuyas atribuciones también cuenta con la tradicional de persecución de los delitos; por lo que debe considerarse como un organismo de colaboración indispensable para los tribunales, los que fueron reestructurados en Cuba también de acuerdo con el modelo socialista, en la propia reforma de junio de 1973.⁹³

⁸⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, en "Revista iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1965.

⁹⁰ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Lo que debe ser el Ministerio Público*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1934, pp. 1-22; *id.*, *Ministerio Público y abogacía del Estado*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 37-64.

⁹¹ Puede consultarse la memoria respectiva en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, especialmente, pp. 825-840.

⁹² El artículo 155 de la citada Ley Fundamental establece en su texto vigente: "La Fiscalía General de la República tiene como fin primordial vigilar la observancia de la legalidad socialista, cuidando que todos los órganos del Estado y los ciudadanos cumplan las leyes y demás disposiciones emanadas del Poder Revolucionario...", precepto que indudablemente proviene del artículo 113 de la Constitución de la URSS de 1936, el cual a su vez dispone: "El control máximo del cumplimiento exacto de las leyes por todos los Ministerios e instituciones a ellos subordinados, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos de la URSS, incumbe al Fiscal General de la URSS."

⁹³ Sobre la calificada como Fiscalía o Procuraduría Soviética existe una amplísima bibliografía en idiomas occidentales, pero nos limitaremos a mencionar a Dietrich A. Loeber, *La Prokuratura soviética y los derechos del individuo hacia el Estado*, en "Re-

VII. ABOGACÍA Y FUNCIÓN JUDICIAL

28. La abogacía latinoamericana se ha formado dentro del concepto tradicional del profesionista liberal, que tiene a su cargo la defensa de los intereses privados, y por ello no se ha considerado a su actividad encuadrada dentro de la función judicial, ni tampoco ha sido incorporada, sino en forma muy indirecta, en los textos constitucionales respectivos.⁹⁴

Esta concepción decimonónica ha sido criticada por numerosos juristas en los últimos años, especialmente con motivo de la reforma de los planes y programas de estudio, así como de los métodos de enseñanza, en las escuelas y facultades de derecho de Latinoamérica,⁹⁵ tomando en cuenta también que la mayoría de los códigos procesales de nuestro continente, salvo algunas excepciones recientes, corresponden a la concepción del liberalismo clásico, y por ello atribuyen al abogado el papel de simple representante y defensor de las partes en conflicto.⁹⁶

Pero así como ha cambiado el concepto del proceso y de la función jurisdiccional, también se ha modificado la idea de la función del abogado, que no debe considerarse como un sujeto privado, sino como un colaborador activo e indispensable del juzgador en la resolución de las controversias.⁹⁷

29. Esta transformación de la función del abogado está estrechamente relacionada con el acceso de los particulares a la prestación jurisdiccional, como lo indicaremos más adelante (*infra*, número XIV), pero bástenos por el momento destacar que la institución de la abogacía debe ser también analizada por los constitucionalistas, en cuanto el abogado de nuestra época y con mayor razón en nuestros países en vías

vista de la Comisión Internacional de Juristas", La Haya, otoño de 1957, pp. 72 y ss.; Glenn G. Morgan, *La fiscalización general, función de la procuración soviética*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 132-148; y de este último autor, su clásica monografía, *Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney General's Office*, Stanford, California, 1962, especialmente pp. 133-246.

⁹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 68-70.

⁹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Docencia en las Facultades de Derecho*, México, 1973, pp. 43-54; reproducido posteriormente en "Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala", Guatemala, septiembre-diciembre de 1973, pp. 22-28.

⁹⁶ Cfr. Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vécovi, *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974, pp. 37-38.

⁹⁷ Cfr. Francisco Mancuso, *El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita*, en "Revista de Estudios Procesales", núm. 16, Rosario, Argentina, junio de 1973, pp. 68-78; Carlos Enrique Heller, *Defensa de pobres o asistencia jurídica integral*, en la misma "Revista", diciembre de 1972, pp. 26-31.

de desarrollo, debe realizar una función pública, estrechamente vinculada a la prestación jurisdiccional, por lo que, como ocurre con el Ministerio Público, aun cuando desde un ángulo diverso, también debe considerarse comprendido dentro de la función judicial entendida en sentido amplio.

Lo anterior no será una tarea sencilla en cuanto implica la transformación de numerosos esquemas tradicionales, empezando por la enseñanza del derecho en las escuelas y facultades latinoamericanas, que permitan transformar a sus egresados en juristas dotados con un espíritu de servicio social frente al egoísmo profesional que ha imperado hasta la fecha.⁹⁸

30. El extremo opuesto al abogado tradicional latinoamericano está representado por la reforma constitucional cubana de 1973, que ha institucionalizado el concepto socialista del abogado como un funcionario público auxiliar y colaborador de la función judicial, por lo que la abogacía ha sido incorporada a la Ley de Organización Judicial de 23 de junio del citado año de 1973.⁹⁹

De acuerdo con el concepto soviético, los abogados cubanos deben prestar sus servicios obligatoriamente en *bufetes colectivos* de carácter oficial y su remuneración la reciben de los directivos del bufete de acuerdo con los pagos rigurosamente tarifados que deben cubrir los solicitantes de la asesoría jurídica, suprimiéndose totalmente el ejercicio libre de la profesión.¹⁰⁰

Estimamos que los dos extremos señalados, el del profesionista liberal y el de la oficialización absoluta de los abogados, poseen incon-

⁹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 70-75.

⁹⁹ En los términos del artículo 169 del ordenamiento mencionado: "Los abogados tendrán como función, al actuar ante los tribunales, defender debidamente el interés que representan, evitando abusar de los recursos y medios de defensa que la ley garantiza en forma tendente a impedir que la justicia pueda cumplir la función social que a ella corresponde." El artículo 170 dispone: "Los abogados procurarán que su intervención en los procedimientos judiciales contribuya a la educación social de las partes y de la ciudadanía en general." Por su parte, el artículo 171 preceptúa en su parte conducente: "Para ejercer la abogacía ante los tribunales es necesario pertenecer a un bufete colectivo de los que esta ley organiza..."

¹⁰⁰ Estos bufetes colectivos regulados por los artículos 171 a 176 de la Ley de Organización del Sistema Judicial mencionada en la nota anterior, y por el Reglamento de los Bufetes Colectivos, aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 24 de enero de 1974, son equivalentes a las *oficinas de consulta jurídica* establecidas en la Unión Soviética y siguiendo su ejemplo en otros países socialistas, cfr. Donald D. Barry y Harold J. Berman, *The Soviet Legal Profession*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., noviembre de 1968, especialmente pp. 12-16; Lawrence M. Friedman y Zigurds L. Zile, *Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice*, en "Wisconsin Law Review", enero de 1964, pp. 39 y ss.

venientes señalados por la doctrina,¹⁰¹ y que la solución, especialmente en Latinoamérica, radica en la adopción de un sistema intermedio, de acuerdo con aquellos aspectos que resulten compatibles con nuestra situación política, económica y social, de los sistemas de seguridad social de carácter jurídico que se han establecido en varios países occidentales.

VIII. LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y DE LAS PARTES

31. Aun cuando sólo en época reciente se ha hecho un examen de esta materia, sin embargo se ha llegado al convencimiento de que sólo es posible una correcta y eficaz administración de justicia si se establecen con precisión las bases fundamentales sobre la función jurisdiccional y los derechos esenciales de los justiciables.¹⁰²

De un análisis, así sea superficial, de los textos constitucionales latinoamericanos, se puede observar que, de acuerdo con el modelo del constitucionalismo angloamericano, y más recientemente el de las cartas fundamentales de Europa continental, todos ellos consagran en mayor o menor medida estas garantías fundamentales, cuyo estudio integra la disciplina que hemos denominado *derecho constitucional*.¹⁰³

32. Efectivamente, las leyes fundamentales de Latinoamérica consignan las llamadas garantías judiciales, que comprenden la designación de los jueces; la estabilidad en sus funciones (*inamovilidad*); dignidad de la profesión judicial (*carrera judicial*); independencia económica (*remuneración decorosa*), la ejecución de los fallos y auxilio para el cumplimiento de sus decisiones (*autoridad*); y si bien no todas las disposiciones constitucionales sobre esta materia pueden considerarse acertadas, al menos podemos observar la preocupación, así sea de carácter formal, para establecer las condiciones necesarias para la independencia e imparcialidad del juzgador.¹⁰⁴

33. Por otra parte, las mismas constituciones de Latinoamérica han consagrado en forma expresa o implícita los derechos fundamentales de los justiciables, como son los relativos al derecho abstracto de acción;

¹⁰¹ Cfr. Barry y Berman, *The Soviet Legal Profession*, cit., esp. p. 16.

¹⁰² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 9-24; José Franco Serrato, *Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil*, en "Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana", México, julio de 1972, pp. 119-155.

¹⁰³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 25-34.

¹⁰⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 37-43.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 109

el derecho de defensa en juicio; el derecho al juez natural; el principio del contradictorio y la igualdad ante la ley;¹⁰⁵ todos los cuales pueden agruparse dentro del concepto angloamericano, introducido en nuestros ordenamientos, del *debido proceso legal*, que fue desarrollado en forma admirable por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.¹⁰⁶

34. Estos principios constitucionales de carácter procesal pueden perfeccionarse de manera paulatina, como se advierte de los textos fundamentales más recientes;¹⁰⁷ pero desafortunadamente en la realidad latinoamericana su aplicación ha resultado tan irregular, que se traduce en avances y retrocesos constantes, debido a la atormentada vida política de nuestros países.

En tal virtud, no resulta suficiente la consagración de las citadas bases procesales de carácter fundamental, sino que es indispensable complementarlas a través de una serie de medidas conducentes a la transformación del concepto tradicional de la función judicial y a la renovación de los códigos procesales tradicionales, que no corresponden a la etapa moderna del proceso estimado como “un fenómeno social de masas”¹⁰⁸ que requiere la sustitución de la justicia puramente formal del pasado con un proceso impregnado de justicia social; y si bien no podemos afirmar que esta evolución se ha presentado de manera ostensible, se observa en los últimos años un aliento de democratización, a través de nuevos ordenamientos procesales con espíritu menos tradicional, y en algunos casos, inclusive moderno.¹⁰⁹

Se ha sostenido en forma reiterada que la impartición de justicia no depende tanto de la reforma de los ordenamientos procesales como de los jueces que deben aplicarlos —lo que por supuesto también se aplica a los principios constitucionales—;¹¹⁰ pero no debemos llevar esta idea

¹⁰⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 55-70.

¹⁰⁶ Cfr., los trabajos del tratadista italiano Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art. 24 Cost.*, Milano, 1970, especialmente pp. 7-48; y *Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparada)*, en “Rivista di Diritto Processuale”, Padova, octubre-diciembre de 1965, pp. 516-533; y el de Mauro Cappelletti, *La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial*, trad. de Horacio Casinelli Muñoz, en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, Montevideo, 1971, pp. 151-157.

¹⁰⁷ Ver los trabajos citados en la nota 16 de este estudio.

¹⁰⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *Il processo come un fenomeno sociale di massa*, en el volumen “Giustizia e società”, Milano, 1972, pp. 225-232.

¹⁰⁹ Como puede observarse de los Códigos procesales civiles más recientes como el de Guatemala (1964); de la Nación Argentina (1967); de Colombia (1970); y Brasil (1974).

¹¹⁰ Al respecto Piero Calamandrei sostuvo que: “El problema de la reforma de las leyes es ante todo un problema de hombres”, en su obra *Instituciones de Derecho*

al extremo de pensar que dicha reforma es inútil, ya que la transformación de la judicatura no podría realizarse si previamente no se modifican las viejas normas procesales, que encierran a los jueces en un círculo de formalismo muy difícil de traspasar.

En este sentido resulta muy conveniente seguir ahondando en el estudio de las normas constitucionales de carácter procesal, con el objeto de propiciar y favorecer el movimiento de modernización, que si bien todavía es incipiente, puede mejorar la función del poder judicial de nuestros países.

IX. LOS TRIBUNALES COMO GARANTES DE LA CONSTITUCIÓN

35. Es ostensible que esta función del organismo judicial es la que ha preocupado más intensamente a constitucionalistas y procesalistas, ya que se encuentra en la confluencia de las dos ramas de la ciencia jurídica.

No es necesario insistir en la afirmación de que prácticamente la totalidad de las constituciones latinoamericanas, siguiendo el ejemplo de la de los Estados Unidos de 1787,¹¹¹ han establecido el control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, a través del organismo judicial, aun cuando también han incorporado algunos otros elementos que otorgan fisonomía propia a la justicia constitucional latinoamericana.¹¹²

Es significativo que los artículos 214, de la Ley Fundamental de Colombia,¹¹³ y 188 fracción I, de la Carta Suprema de Panamá,¹¹⁴ disponen

procesal civil según el nuevo Código, trad. de Santiago Sentis Melendo, 2ª ed., Buenos Aires, tomo I, 1962, p. 420.

¹¹¹ Sólo las Constituciones de Ecuador (1945) y de Perú (1933), no consagran expresamente esta institución, aun cuando en el primero de los países citados existe algún principio de control ya que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales puede suspender la aplicación de una ley inconstitucional, aun cuando la decisión final corresponde al Congreso; y por lo que se refiere al ordenamiento peruano, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes encomendada a la Corte Suprema de Justicia fue introducida por el artículo 8º de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963; cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 40-41, 49-50.

¹¹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, diciembre de 1968, pp. 69-111.

¹¹³ El citado precepto dispone en lo conducente: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución...", cfr. Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 4ª ed., Bogotá, 1974, pp. 131-146.

¹¹⁴ En los términos de la citada disposición: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. *La guarda de la integridad de la Constitución...*" Este precepto proviene de los artículos 188 y 167,

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 111

en forma expresa, que la guarda de la integridad de la Constitución se confía a la Corte Suprema de Justicia.

Ya se ha superado el principio tradicional de la supremacía del órgano legislativo, inspirado en las ideas de Juan Jacobo Rousseau,¹¹⁵ por lo que ya no se discute en Latinoamérica —con la reciente excepción de Cuba, que ha implantado el sistema socialista de los tribunales populares— la facultad de los órganos judiciales para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, y en general, sobre cualquier acto de autoridad.

36. En tal virtud, por una parte se han establecido instrumentos específicos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto de carácter individual como social, y en este sentido podemos mencionar al *habeas corpus* consagrado en forma expresa o implícita en todos los ordenamientos constitucionales latinoamericanos;¹¹⁶ a la acción, recurso o juicio de amparo, regulado en Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú (con el nombre de *habeas corpus*); El Salvador y Venezuela;¹¹⁷ y el mandamiento de seguridad en Brasil.¹¹⁸

También se han regulado mecanismos para impugnar la constitucionalidad de las leyes, ya sea directamente en vía de acción, o de manera indirecta por la vía prejudicial —tradicionalmente, de excepción— que asume diversas modalidades, tales como las del recurso extraordinario en Argentina y Brasil; el recurso de inaplicabilidad en Chile; la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, Venezuela, Panamá y El Salvador, etcétera.¹¹⁹

Inclusive se han ensayado, aun cuando con escasa o nula eficacia práctica, el establecimiento de tribunales constitucionales específicos,

respectivamente, de las Cartas Supremas de 1941 y 1946; *cfr.* Juan de Dios Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 461-465; Víctor F. Goytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 675-676; 758-763.

¹¹⁵ *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, 1961, libro II, cap. VI y VII, pp. 177-182.

¹¹⁶ *Cfr.* Phanor J. Eder, *Habeas corpus disembodied, The Latin America Experience*, en el volumen "XXth Century Essays in honor of Hessel Yntema", Leyden, 1961, p. 473 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, *Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina*, en el volumen, "Festschrift für Karl Loewenstein", Tübingen, 1971, pp. 491-497.

¹¹⁷ *El juicio de amparo en Latinoamérica*, en el volumen "Dinámica del Derecho Mexicano", núm. 2, México, 1974, pp. 61-94.

¹¹⁸ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963.

¹¹⁹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, cit., pp. 217-219.

inspirados en el modelo austriaco, como la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,¹²⁰ y el Tribunal Constitucional chileno.¹²¹

37. Un aspecto importante de la justicia constitucional latinoamericana radica en la tendencia que cada vez adquiere mayor vigor, para abandonar el principio de la desaplicación de las leyes inconstitucionales en cada caso concreto, para adoptar la declaración general de inconstitucionalidad, como ocurre respecto a la acción popular mencionada.

Aun cuando puede encontrar resistencia entre los juristas de nuestra región impregnados de la idea de la separación rígida de las funciones, como ha ocurrido en nuestro país en el cual ha imperado casi como un dogma la llamada "Fórmula de Otero",¹²² que fue establecida en 1847 por Mariano Otero al introducir el juicio de amparo en el ámbito nacional, con el objeto de impedir declaraciones de tipo general, según la experiencia histórica inmediata; el principio de la declaración general de inconstitucionalidad, tal como se practica en algunos ordenamientos latinoamericanos, para no referirnos a los tribunales constitucionales europeos, debe extenderse a toda la región, así sea en forma paulatina, si se pretende otorgar efectividad al derecho fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley.¹²³

38. Tenemos la convicción de que terminará por imponerse la citada declaración general de inconstitucionalidad, pues inclusive en México ya se han formulado propuestas en esta dirección, no obstante el peso de una tradición más que centenaria en favor de la desaplicación concreta de la ley inconstitucional.¹²⁴

¹²⁰ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Derecho procesal civil*, T. I, Guatemala, 1973, pp. 132-134.

¹²¹ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *El Tribunal Constitucional*, en el volumen colectivo, "Reforma constitucional de 1970", Santiago de Chile, 1970, pp. 199-284.

¹²² Casi con las mismas palabras que en el documento de 1857, el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal vigente, y que se reitera con escasas modificaciones en el artículo 76 de la Ley de Amparo, dispone: "La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y a protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare..." Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 9ª ed., México, 1973, pp. 258-262.

¹²³ Este principio de igualdad que en sus comienzos sólo fue establecido en beneficio de los ciudadanos en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se ha extendido para todos los gobernados en la mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., p. 63 y nota 190.

¹²⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; William Cecil Headrick, *El control judicial de las leyes*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 62, abril-junio de 1966, pp. 463-467; Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, México, 1971, pp. 31-55; *id.*, *Leciones de garantías y amparo*, México, 1974, pp. 342-343.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 113

39. Aun cuando en la realidad los organismos judiciales de los países latinoamericanos se encuentran lejos de ejercitar en toda su extensión las facultades que en materia de justicia constitucional les otorgan las leyes fundamentales, sin embargo es posible descubrir la existencia de una jurisprudencia decorosa en la cual se reconoce la iniciación de la función política de tales organismos, y si bien este reconocimiento ha sido modesto en virtud de todos los obstáculos que impiden su desarrollo, se puede vislumbrar la posibilidad de que el departamento judicial llegue a justificar su carácter de órgano del poder equiparable a los otros dos, y especialmente frente a un ejecutivo predominante.

Si bien resulta difícil prever que en un futuro próximo los tribunales latinoamericanos pueden ocupar una situación comparable a la de los organismos judiciales federales de los Estados Unidos o de las Cortes Constitucionales de Italia, Austria y Alemania Occidental,¹²⁵ resulta indispensable fortalecer las funciones de control constitucional de los jueces de Latinoamérica para frenar la fuerza irrestricta del ejecutivo, que sólo por el aumento de sus atribuciones derivado de su necesaria intervención en las actividades sociales, económicas y culturales —es decir, sin tomar en cuenta la tendencia hacia la dictadura ostensible o disfrazada de numerosos gobiernos de nuestra región— se ha traducido en la creciente debilidad del órgano legislativo, que inclusive por razones técnicas interviene cada vez menos en la efectiva elaboración de las leyes, que en ocasiones se limita a aprobar, y en otras a delegar facultades al propio ejecutivo.¹²⁶

Sólo el organismo judicial posee los instrumentos técnicos —aun cuando todavía carezca de la fuerza política para imponerlos— que le permiten calificar la constitucionalidad de la actividad cada vez más predominante del ejecutivo latinoamericano, y tutelar de los derechos fundamentales de los gobernados, e inclusive la esfera de facultades de las restantes autoridades.

40. Finalmente es necesario destacar que una de las funciones del organismo judicial que asume mayor trascendencia consiste en la interpretación de las propias normas fundamentales, que como se ha señalado en varias ocasiones, se traduce en una actividad que requiere una especial sensibilidad axiológica, en cuanto los preceptos de las cartas

¹²⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Kansas City, New York, 1971, pp. 45-100.

¹²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano*, en el volumen "Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1966, pp. 174-181; Karl Loewenstein, *La Presidencia fuera de los Estados Unidos*, trad. de Alfonso Pereña en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 5, mayo-agosto de 1949, pp. 22 y ss.

supremas, especialmente las que se han calificado como “normas programáticas” o “normas de principio” contienen principios genéricos, que permiten a los jueces constitucionales integrar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el espíritu del constituyente.¹²⁷

En esta dirección descubrimos dos extremos: el primero está representado por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, la que a través de una interpretación constitucional dinámica, ha adaptado paulatinamente los esquemáticos preceptos de la carta federal, a las cambiantes necesidades sociales, económicas y políticas de ese país, lo que ha permitido mantener inalterable el texto constitucional de finales del siglo XVIII, con muy pocas enmiendas posteriores.¹²⁸

El sistema opuesto es el seguido por los tribunales latinoamericanos, que han realizado en pocas ocasiones esta interpretación progresiva de carácter constitucional, en virtud de la creencia romántica de los políticos de nuestra región, en el sentido de que todos los males sociales pueden corregirse con la modificación de los textos fundamentales, a través de lo que se ha calificado como una “inflación constitucional”,¹²⁹ que se inicia con la independencia y que se prolonga hasta nuestros días, ya sea expidiendo nuevas constituciones, o bien modificando constantemente las que logran una relativa permanencia.

Acudiendo al ejemplo de nuestro país, la actual Constitución Federal de 5 de febrero de 1917, que en apariencia es relativamente estable, ha sufrido más de doscientas reformas a partir de su promulgación.¹³⁰

41. En tal virtud, estimamos que la función de control constitucional de los organismos judiciales de Latinoamérica, además de todos los obstáculos que impiden el vigoroso ejercicio de sus atribuciones en esta dirección, será todavía más modesta si no crea una jurisprudencia verdaderamente dinámica, que permita lograr la estabilidad de los textos

¹²⁷ Cfr., entre otros, Mauro Cappelletti, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento della norma costituzionale)*, sobretiro de los “Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei”, Padova, 1957, pp. 56 y ss.

¹²⁸ Dentro de una bibliografía muy amplia nos limitaremos a señalar a dos obras fácilmente consultables, Lèda Boechart Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2ª ed., México, 1971.

¹²⁹ Basta consultar la colección de textos constitucionales latinoamericanos publicados en Madrid, durante los años cincuentas, bajo la dirección de Manuel Fraga Iribarne, para percatarnos de la profusión de textos constitucionales de nuestra región, que todavía no termina, aun cuando hubiese disminuido en forma relativa.

¹³⁰ La última reforma constitucional es la de 17 de febrero de 1975, que reformó la fracción XIV del artículo 107 de la Ley Suprema.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 115

constitucionales, adaptándolos a las modificaciones de la vida social, sin necesidad de acudir a las constantes reformas de las disposiciones fundamentales, ya que tales modificaciones en la mayor parte de los casos pronto quedan superadas por las transformaciones de la realidad política, cada vez más agitada, de nuestra época.¹³¹

X. LAS CUESTIONES POLÍTICAS

42. Uno de los obstáculos más aparentes para la eficacia de la función judicial en el ámbito constitucional es el relativo a la desorbitada extensión que se le ha dado al concepto de “cuestiones políticas”, incluyendo los llamados “actos de gobierno”, que no son otra cosa que los actos políticos efectuados por el departamento ejecutivo.¹³²

No resulta sencillo alcanzar una idea siquiera aproximada de lo que debe entenderse por “política”, vocablo al cual se le han dado las connotaciones más disímolas, pero al menos podemos partir de la base de que se trata de facultades que las Leyes Fundamentales atribuyen a los organismos ejecutivo y legislativo, para que puedan ejercerlas dentro de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a su oportunidad, justicia, motivos y conveniencia.¹³³

Durante mucho tiempo se estimó que las “cuestiones políticas” incluyendo los actos de gobierno, se encontraban totalmente excluidos de la competencia de los organismos judiciales, es decir, que se consideraban como *no justiciables*,¹³⁴ e inclusive la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se autolimitó en el conocimiento de lo que calificó como *political questions*.¹³⁵

¹³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el derecho mexicano*, en el volumen “Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado”, México, 1971, pp. 271-275; reproducido posteriormente en un texto bilingüe, en “Comparative Juridical Review”, Coral Gables, Florida, 1974, pp. 66-69, 106-109.

¹³² Cfr., entre otros, Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., tomo I, México, 1974, pp. 253-254.

¹³³ Sin embargo, no existe precisión sobre la naturaleza jurídica de esta clase de actos, y un autor clásico como Gastón Jèze, opinó que: “Los actos llamados de gobierno, no tienen una naturaleza jurídica especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque al sistema general del control jurisdiccional”, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, tomo I, Buenos Aires, 1948, p. 414.

¹³⁴ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., tomo II, Buenos Aires, 1953, pp. 311-335.

¹³⁵ Cfr. Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno, Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, t. I, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, pp. 576-579; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, cit., pp. 56-58.

43. Sin embargo, esta orientación ha cambiado en forma considerable, tomando en cuenta por un lado, que el Consejo de Estado francés ha elaborado una jurisprudencia muy penetrante en cuanto a la posibilidad de revisar los actos discrecionales de la administración, a través de la institución del *desvio de poder*, que permite al juez administrativo determinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos legales del mismo, sin necesidad de cuestionar su contenido.¹³⁶

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados ha restringido bastante el concepto de *political questions* al resolver controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo algunos problemas de régimen electoral de las entidades federativas.¹³⁷

44. En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales, se han mantenido dentro del esquema tradicional de los actos políticos no justiciables, actitud que naturalmente ha sido favorecida, cuando no provocada, especialmente por la administración, para impedir la intervención judicial en muchos de sus actos, calificados de “actos de gobierno”.

Algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos impugnados, a través del concepto de *razonabilidad* que esencialmente ha sido sostenido por la Corte Suprema argentina;¹³⁸ y en algunos ordenamientos se han establecido tribunales electorales, lo que ha permitido determinar los límites jurídicos de una de las materias que se han considerado “políticas” por excelencia.¹³⁹

45. En manera alguna tenemos la pretensión de que los tribunales latinoamericanos lleguen a adoptar una actitud tan valiente como la

¹³⁶ Cfr. Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, en la obra “Gerichtschutz gegen die Exekutive” (Protección judicial contra el ejecutivo), tomo I, Köln-New York, 1969, pp. 226-240; Jean Mary Aubuy y Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la communauté économique européenne*, Paris, 1971, pp. 250-271.

¹³⁷ Cfr. Karl Loewenstein, *La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, en “Revista de Estudios Políticos”, núm. 133, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

¹³⁸ Cfr., entre otros, José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 187-192; Luis M. Boffi Goggero, *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y contribución al retorno integral a la República*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 29 de octubre de 1963, pp. 1-6.

¹³⁹ Un ejemplo del sistema de tribunales electorales fue implantado por el Código Electoral de 1932 y por la Constitución Federal Brasileña de 1934, que se conserva así sea formalmente en la Carta vigente reformada en 1969, artículos 130-140, cfr. Luis Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 5ª ed., tomo I, São Paulo, 1971, pp. 354-355; Paulino Jacques, *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1970, pp. 252-256.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 117

del Consejo de Estado francés o la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en cuanto a la revisión judicial de los actos discrecionales y de las cuestiones políticas, pero sí consideramos que debe intentarse una precisión de los aspectos jurídicos, y por tanto “justiciables” de los actos políticos en general y de gobierno en particular, todo ello en forma muy paulatina y equilibrada, evitando aventuras desafortunadas de intervención de los organismos judiciales en la vida política partidista, que sólo pueden conducir a un conflicto con los otros órganos del poder, controversia en la cual el perdedor será forzosamente el departamento judicial.

46. A este respecto podemos recordar en México la trágica situación en que se colocó el presidente de la Suprema Corte, José María Iglesias, en virtud de su desafortunada tesis de la “incompetencia de origen”, con la cual pretendió cuestionar la legitimidad de las elecciones de los funcionarios, y que lo llevó a participar abiertamente en la contienda electoral efectuada en el año de 1876, que culminó con una rebelión armada y la destitución del citado magistrado.¹⁴⁰

La experiencia anterior ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de nuestro país a adoptar una actitud demasiado discreta en la apreciación de las “cuestiones políticas”, ya que su jurisprudencia establece la inadmisibilidad del juicio de amparo contra la violación de los *derechos políticos*,¹⁴¹ sin una limitación a este concepto, de por sí bastante impreciso.¹⁴²

XI. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA

47. El impedimento más difícil de superar en el ejercicio de la función judicial dirigida a la revisión de la constitucionalidad de los

¹⁴⁰ Cfr. José María Iglesias, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 30, México, abril-junio de 1946, pp. 257-295; publicado originalmente en México, 1874.

¹⁴¹ Cfr. Tesis 89, pp. 162-163, volumen de jurisprudencia común al Pleno y a las Salas, en la cual se establece: “La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.”

¹⁴² De acuerdo con lo establecido por el artículo 60 de la Constitución Federal, y las fracciones VII y VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, este instrumento procesal es inadmisilible contra actos de las autoridades electorales, lo que resulta lógico debido a la ausencia de una verdadera jurisdicción electoral. Por otra parte, aun cuando el párrafo tercero del artículo 97 de la misma Carta Federal, otorga facultad a la Suprema Corte para realizar investigaciones sobre la violación del voto público, a petición del Ejecutivo Federal, las Cámaras del Congreso de la Unión, o de oficio, el citado Tribunal Supremo se ha abstenido de intervenir en esta materia por razones de prudencia política, *cfr.* Felipe Tena Ramírez, *La facultad de la Suprema Corte en materia electoral*, en “Revista Mexicana de Derecho Público”, núm. 1, julio-septiembre de 1946, pp. 62 y ss.

actos de autoridad, está representado por las constantes declaraciones de estados de sitio, situaciones de emergencia, suspensión de garantías, etcétera, que se han sucedido casi en forma permanente en varios países de Latinoamérica, configurando lo que el tratadista mexicano Diego Valadés ha calificado como *dictadura constitucional*;¹⁴³ a las que hay que agregar en años recientes, los documentos que se han denominado actas institucionales; actas de constitución de juntas de gobierno; estatutos de gobiernos revolucionarios; actas revolucionarias, etcétera, que pueden o no justificarse desde el punto de vista de la realidad política, pero desde el ángulo jurídico deben considerarse como *dictadura inconstitucional*.¹⁴⁴

La experiencia política latinoamericana, especialmente en épocas recientes, está colmada de este tipo de declaraciones y de documentos, que en la actualidad han sustituido a los planes revolucionarios que posteriormente se traducían en la expedición de nuevos textos constitucionales.¹⁴⁵

Es importante destacar en la materia que estamos examinando, que cuando se trata de la dictadura constitucional, es decir, de las declaraciones de emergencia previstas por los mismos textos fundamentales, dichas declaraciones se califican invariablemente como “políticas”, y por lo tanto, se sustraen al examen de los tribunales, ya que por una parte, los gobiernos que formulan tales declaraciones alegando la defensa nacional, ven con gran desconfianza cualquier intervención judicial, a no ser que se trate de tribunales militares,¹⁴⁶ y por la otra, los mismos jueces se niegan con frecuencia a intervenir cuando los afectados impugnan los actos realizados con apoyo en el estado de sitio, también con fundamento en el concepto de los actos de gobierno o de los derechos políticos no justiciables.¹⁴⁷

¹⁴³ *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974, especialmente pp. 123-154.

¹⁴⁴ Esto desde el punto de vista del ordenamiento constitucional anterior, aun cuando dichos documentos puedan considerarse como el punto de partida de un nuevo orden constitucional de carácter revolucionario, así sea aparente.

¹⁴⁵ Simplemente en vía de ejemplo podemos citar algunos de estos documentos, tales como el Acta de la Revolución Argentina, de 19 de agosto de 1966; Estatuto del Gobierno Revolucionario, Decreto-Ley núm. 17 063, de 3 de octubre de 1968, del gobierno militar de Perú; Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, de Chile, de 11 de septiembre de 1973, así como las diversas Actas Institucionales expedidas en Brasil a partir de 1964, etcétera.

¹⁴⁶ Cfr. Norberto Eduardo Spolansky y Jorge Reinaldo Vanossi, *Sanciones militares y garantías constitucionales*, sobretiro de la “Revista Federación Argentina de Colegios de Abogados”, Buenos Aires, febrero de 1971; Eduardo Vocos Conesa, *Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional (1970-junio de 1972)*, en “Jurisprudencia Argentina”, 7 de junio de 1972, pp. 2-15.

¹⁴⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos en*

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 119

48. Y cuando se trata de ordenamientos legales expedidos por los órganos legislativos, o más frecuentemente, por el ejecutivo en uso de facultades delegadas por los primeros, con motivo de la emergencia, las restricciones a la intervención de los organismos judiciales son todavía más severas, prohibiéndose expresa o implícitamente que éstos examinen la constitucionalidad de las disposiciones respectivas.¹⁴⁸

49. En el supuesto de documentos provenientes de golpes de Estado, insurrecciones militares, o movimientos revolucionarios —o contrarrevolucionarios—, la situación del organismo judicial resulta todavía más precaria, ya que tales documentos se consideran de nivel constitucional, o en ocasiones se les da un carácter supraconstitucional, al suprimir o modificar disposiciones de la carta fundamental hasta entonces vigente, por lo que tanto dichos documentos como su ejecución se consideran totalmente excluidos de la apreciación judicial.¹⁴⁹

50. Un ejemplo bastante notorio lo encontramos en las Actas Institucionales expedidas por los gobiernos militares brasileños a partir de 1964, y que todavía se consideran parcialmente en vigor, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Federal de 1967, y particularmente en su reforma de 1969, lo que resulta explicable si se piensa que la última fue expedida con apoyo en dichas Actas Constitucionales, por los comandantes de las fuerzas armadas, que actuaron como órgano constituyente.¹⁵⁰

En los artículos 181 y 182 de la referida Carta Fundamental de 1967, reformada en 1969, se establece expresamente la exclusión de la apreciación judicial de los actos realizados por el Comando Supremo de la

América Latina y las situaciones de emergencia, en "El Foro", México, abril-junio de 1973, pp. 38-39.

¹⁴⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 33-38.

¹⁴⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 29-33.

¹⁵⁰ En efecto, en la llamada enmienda constitucional núm. 1, de 17 de octubre de 1969, que en realidad constituyó una reforma sustancial a varios preceptos de la Carta Fundamental de 1967, se encabezó con la siguiente declaración: "Los Ministros de la Marina de Guerra, del Ejército y de Aeronáutica Militar, en uso de las atribuciones que les confiere el artículo 3º del Acta Institucional núm. 16 de 14 de octubre de 1969, en relación con el párrafo primero del artículo 2º del Acta Institucional núm. 5 de 13 de diciembre de 1968, y considerando que, en los términos del Acta Complementaria núm. 38 de 13 de diciembre de 1968 fue decretado, a partir de esa fecha, el receso del Congreso Nacional; considerando que, decretado el receso parlamentario, el Poder Ejecutivo Federal fue autorizado para legislar sobre todas las materias, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 2º del Acta Institucional núm. 5 de 13 de diciembre de 1968; considerando que la elaboración de las enmiendas a la Constitución, comprendida en el proceso legislativo (artículo 49, I, de la Constitución Federal), está comprendida en la atribución del Poder Ejecutivo Federal;..."

Revolución de 31 de marzo de 1964, y ciertos actos realizados por el gobierno federal, autoridades locales y municipales, con apoyo en varias actas institucionales, especialmente la número 5 de 1968, cuyos artículos 10 y 11, suspenden el proceso de *habeas corpus* respecto de los *delitos políticos*, y los cometidos contra la *seguridad nacional*, el orden económico y social, o la economía popular.

Paradójicamente, el artículo 159 de la misma carta fundamental, en su texto de 1969, establece que: “La inobservancia de cualquiera de las disposiciones relativas al estado de sitio, determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al poder judicial.” Lo que contradice claramente lo dispuesto en los citados artículos 181 y 182; contradicción que se explica en cuanto el artículo 159 está tomado casi literalmente del 215 de la Constitución democrática de 1946.¹⁵¹

51. Lo cierto es que las situaciones de emergencia y los documentos real o ficticiamente revolucionarios, afectan de manera inevitable los derechos fundamentales de los gobernados, en la mayoría de los casos en forma desproporcionada a la situación que pretenden combatir, y también con frecuencia se sustraen ciertas controversias de la competencia de los tribunales ordinarios, para someterlas a los jueces militares, con grave violación del principio del “juez natural”, que consignan directa o indirectamente, la totalidad de las constituciones latinoamericanas.¹⁵²

Por supuesto que se alega el carácter “político” de los ordenamientos respectivos y de su ejecución, impidiendo a los organismos judiciales ordinarios intervenir en defensa de los afectados, y por su parte, los tribunales generalmente no se atreven siquiera a admitir las impugnaciones de los gobernados, que son rechazadas de plano con apoyo en el cómodo argumento de la naturaleza política de los actos de emergencia.¹⁵³

¹⁵¹ Sobre este precepto de la Carta Fundamental de 1946, *cfr.* Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1946*, tomo VI, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1960, pp. 466-467.

¹⁵² Este principio del “juez natural” ha sido acogido prácticamente por la totalidad de las constituciones latinoamericanas contemporáneas, y a este respecto podemos mencionar las siguientes: Argentina (1853-1860, artículo 18); Bolivia (1967, artículos 14 y 116); Brasil (1967, artículo 153, parágrafo 15, del texto reformado en 1969); Chile (1925-1943, artículo 12); Colombia (1886, artículo 26); Costa Rica (1949 artículo 35); Ecuador (1945, artículo 141, parágrafo 6º); El Salvador (1962, artículo 169); Guatemala (1965, artículo 159); Haití (1950, artículo 11); Honduras (1965, artículo 59); México (1917, artículo 13); Nicaragua (1974, artículo 49); Panamá (1972, artículo 31); Paraguay (1967, artículo 61); Perú (1933, artículos 57 y 228); Uruguay (1967, artículo 19); y Venezuela (1961, artículo 69).

¹⁵³ *Cfr.*, las minuciosas reseñas jurisprudenciales de Eduardo Vocos Conesa, *El Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde 1863 hasta el 30 de junio de 1970*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 1º de septiem-

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 121

52. No podemos caer en la ilusión de proponer en esta reunión académica que se recomiende el cambio de esta situación, que menoscaba la función del organismo judicial en defensa de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, pero tampoco debemos desalentarnos y considerarnos derrotados ante la dificultad de encontrar solución a este problema, de la misma manera como los investigadores de la medicina no se han desalentado ante ciertas enfermedades, como el cáncer, que no se han podido vencer; ya que podemos colaborar, así sea en una medida modesta, para proporcionar a los jueces y a los abogados los instrumentos técnicos que les permitan luchar por la defensa de los derechos fundamentales, aun en las situaciones de emergencia.

A este respecto podemos señalar algunos ejemplos de valentía y hasta de temeridad judiciales, como la actitud asumida en ciertos momentos por la Suprema Corte argentina, al exponer su doctrina de la *razonabilidad*, inclusive tratándose de actos ejecutados o de ordenamientos expedidos durante los estados de sitio o por los gobiernos *de facto*,¹⁵⁴ y a esta institución puede agregarse, hasta donde resulte aplicable en nuestro medio, el concepto de “desviación de poder”, elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ya que ambos instrumentos pueden constituir armas para que los tribunales latinoamericanos intervengan y decidan sobre los límites establecidos en los textos fundamentales o en los documentos revolucionarios, a las medidas y disposiciones de emergencia, sin la necesidad de apreciar la oportunidad o bondad de tales situaciones.¹⁵⁵

XII. EL CONSEJO JUDICIAL

53. Debemos ahora hacer mención a una institución que se está difundiendo en el derecho constitucional latinoamericano como un instrumento de colaboración de funciones que permite desarrollar con mayor eficacia las llamadas garantías judiciales.

Como es bien sabido, este organismo fue introducido en la legislación española a partir de 1926, precisamente con el nombre de Consejo Judicial, y más recientemente figura con la denominación de Consejo Superior de la Magistratura en las leyes fundamentales de Ita-

bre de 1970, pp. 57-63; y la ya citada que se refiere al periodo de 1970 a junio de 1972, pp. 2-15.

¹⁵⁴ Cfr. Luis M. Boffi Boggero, *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas*, cit., pp. 4-6.

¹⁵⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia*, cit., pp. 42-45.

lia (1948, artículo 105); Francia (1958, artículo 65); y Turquía (1961, artículos 143-144).¹⁵⁶

En América Latina también encontramos ejemplos de esta institución, y al respecto podemos mencionar al Consejo Superior de la Judicatura establecido en Colombia por el Decreto 1798 de 1955, transformado en 1972 en Tribunal Disciplinario; el Consejo de la Magistratura regulado por los artículos 173 y 174 de la Constitución de la provincia argentina de Corrientes, de 17 de agosto de 1960; el Consejo de la Judicatura consagrado por el artículo 217 de la Constitución venezolana de 1961; y finalmente el Consejo Nacional de Justicia introducido en Perú por Decreto Ley 18 060 de 23 de diciembre de 1969.¹⁵⁷

54. En términos muy generales y sin tomar en cuenta modalidades particulares de cada organismo, el Consejo de Justicia o de la Magistratura está integrado por una mayoría de representantes de los organismos judiciales, pero también con miembros de los otros dos poderes o departamentos, y posee la atribución esencial de efectuar los trámites necesarios para la designación y promoción de los juzgadores; decidir sobre sus traslados; y resolver las quejas que se hacen valer contra los mismos jueces en el ejercicio de sus funciones, y vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales.

55. Los Consejos que han tenido verdadera trascendencia en el ámbito latinoamericano han sido los de Venezuela y de Perú, ya que el primero fue regulado por las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 26 de agosto y 16 de septiembre de 1969; así como por su reglamento de 5 de octubre de 1973; y el segundo tiene su apoyo en la ley orgánica de 13 de abril de 1971 modificada por Decreto de 12 de octubre de ese año y por el reglamento de 23 de noviembre, también de 1971.

El Consejo venezolano tiene como facultades, las de atender la marcha de todos los asuntos judiciales; velar por la eficaz administración de justicia; señalar las necesidades de creación, modificación o supresión de servicios judiciales; atender las necesidades materiales de los tribunales y defensorías públicas de presos; propender a la seguridad social de los miembros del poder judicial y demás funcionarios de la

¹⁵⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Valor actual del principio de la división de poderes*, cit., pp. 89-92.

¹⁵⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela*, en "Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia", núm. 11, México, julio-septiembre de 1974, pp. 487-489.

administración de justicia; y en general, todo cuanto atañe al poder judicial.¹⁵⁸

56. El Consejo Nacional de Justicia peruano posee atribuciones todavía más amplias, como son las de elegir a los magistrados y jueces de todo el poder judicial; evaluar su labor; el derecho de iniciativa en la formación de las leyes destinadas a perfeccionar el ordenamiento judicial nacional; y la responsabilidad permanente de estudiar y proponer la reforma de los códigos y leyes orgánicas que le soliciten los poderes del Estado.¹⁵⁹

57. Estimamos que el Consejo Judicial o de la Magistratura es benéfico para la eficacia de las funciones del organismo judicial, no sólo por su colaboración para el establecimiento de una verdadera política judicial con el concurso de los otros departamentos del poder —sino dentro de un sistema de predominio de los miembros de la judicatura— sino también porque impide que los integrantes del poder judicial se conviertan en un cuerpo cerrado y estratificado, al decidir por sí solos —con excepción de la designación o remoción de los jueces supremos— sobre el nombramiento, vigilancia y promoción de sus propios miembros, y por ello es que hemos propuesto su introducción en nuestro país, con mayor razón en cuanto carecemos de Secretaría de Justicia, suprimida por el constituyente de 1916-1917;¹⁶⁰ proposición que fue aprobada en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Zacatecas, en el año de 1966.¹⁶¹

XIII. FACULTADES COLEGISLATIVAS

58. Tenemos la convicción de que el organismo judicial debe intervenir en el procedimiento legislativo y en sus aspectos previos, en cuanto a la elaboración de los ordenamientos que se refieren a la prestación jurisdiccional, tanto en su aspecto orgánico como procesal.

Esta participación, que se puede traducir en la atribución de facultades de iniciativa ante el organismo legislativo —que no necesariamente

¹⁵⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela*, cit., pp. 490-495.

¹⁵⁹ Cfr. el volumen intitulado *Legislación del Consejo Nacional de Justicia* Lima, 1972.

¹⁶⁰ Sin embargo, se ha debatido constantemente sobre la necesidad de restablecer la citada secretaría, como se desprende del folleto publicado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Por una Secretaría de Justicia*, México, 1961.

¹⁶¹ Cfr. la crónica respectiva, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 125-127.

te tienen que ser exclusivas— y en la elaboración de proyectos propios, o de dictámenes sobre los redactados por el ejecutivo, etcétera, todo ello en las materias relacionadas con las actividades judiciales, como una labor de apoyo a la reforma judicial y procesal que con tanta urgencia se requiere en Latinoamérica.¹⁶²

59. Estas atribuciones colegislativas del organismo judicial se han establecido, con mayor o menor amplitud, en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos, pero no se han extendido en forma general a la mayoría de nuestras leyes supremas,¹⁶³ y desde luego no se admiten en el sistema mexicano, aun cuando de hecho se hubiese dado intervención a nuestra Suprema Corte de Justicia en varias reformas, particularmente relativas a la legislación de amparo.¹⁶⁴

También debemos mencionar que la labor de estudiar y proponer reformas procesales ha sido desarrollada con bastante intensidad por el Consejo Nacional de Justicia del Perú, como se desprende de las Memorias redactadas por sus presidentes en los últimos años.¹⁶⁵

XIV. AUTONOMÍA FINANCIERA

60. Un sector importante de los juristas latinoamericanos ha postulado la autonomía financiera de nuestros organismos judiciales, hasta donde pueda obtenerse en países en vías de desarrollo, que padecen de graves carencias económicas.¹⁶⁶

En algunas constituciones de nuestra región se han hecho ensayos bastante tibios para otorgar cierta autonomía económica a los tribunales, como ocurre en Bolivia y en Guatemala,¹⁶⁷ pero la disposición

¹⁶² Cfr. Ricardo Mercado Luna, *Facultades colegislativas del poder Judicial*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 21 de marzo de 1974, pp. 2-9.

¹⁶³ Son varias las Cartas Fundamentales latinoamericanas que reconocen en forma restringida o amplia estas facultades colegislativas, y entre ellas debemos mencionar a varias Leyes Fundamentales provinciales argentinas, a las Constituciones de Bolivia (1967, artículo 71); Cuba (reforma de 1973, artículo 152, segundo párrafo); Ecuador (1945, artículo 36); Guatemala (1965, artículo 171); Honduras (1965, artículo 239); Nicaragua (1974, artículo 161); Perú (1933, artículo 124); El Salvador (1962, artículo 50); y Venezuela (1961, artículo 161, ordinal 4o).

¹⁶⁴ Podemos recordar que las dos reformas más importantes a la legislación de amparo, es decir, las de 1951 y 1968 se apoyaron sustancialmente en sendos anteproyectos formulados por la Suprema Corte de Justicia en 1945 y 1965, respectivamente, que posteriormente fueron convertidos en iniciativas del Ejecutivo Federal.

¹⁶⁵ Cfr. Las Memorias de los Presidentes del Consejo Nacional de Justicia, Héctor Cornejo Chávez, Eduardo Glave Valdivia, y Alberto D'Angelo Gereda, correspondientes a los periodos de 1970-1971, 1971-1972 y 1972-1973, respectivamente.

¹⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., p. 42.

¹⁶⁷ De acuerdo con el artículo 119 de la Constitución de Bolivia: "El Poder Ju-

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 125

fundamental que se cita como ejemplo es la del artículo 177 de la Constitución de Costa Rica, que asigna al organismo judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, señalados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico.¹⁶⁸

61. Aun cuando la aplicación del citado precepto constitucional de Costa Rica no hubiese alcanzado una eficacia plenamente satisfactoria, como se manifiesta en un estudio reciente,¹⁶⁹ de cualquier manera, los tribunales de ese país centroamericano se encuentran en una situación de relativo privilegio frente a los restantes de Latinoamérica, en cuanto no se ven obligados a negociar anualmente el porcentaje del presupuesto; negociación complicada en cuanto tienen que competir con otros organismos que realizan actividades más tangibles; y los políticos latinoamericanos se sienten más inclinados a realizar obras que les otorguen un real o ficticio apoyo popular, que invertir mayores fondos en una tarea callada y cuyos resultados no son visibles de manera inmediata.¹⁷⁰

62. No es suficiente, para lograr la independencia económica del organismo judicial, la *irreductibilidad de la remuneración* de los funcionarios judiciales, que consagran algunas disposiciones de las Cartas constitucionales de Latinoamérica,¹⁷¹ en cuanto, por un lado, dicha remuneración suele ser insuficiente, especialmente en los primeros y medios niveles de la judicatura, y en segundo término, debido a que los requerimientos económicos de los tribunales no se limitan a los

dicial goza de autonomía económica. El presupuesto nacional le asignará una partida fija, anual y suficiente, que será centralizada, con las rentas especiales que se crearen para el servicio del ramo, en el Tesoro Judicial, el que funcionará bajo la dependencia de la Corte Suprema de Justicia." En forma menos categórica, el artículo 248 de la Carta Fundamental de Guatemala, otorga a la Corte Suprema de Justicia cierta iniciativa en la formulación del proyecto de presupuesto y le concede privacia para administrar los ingresos por conceptos derivados de la administración de justicia.

¹⁶⁸ En la Cuarta Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana, celebrada el 8 de junio de 1972 en la ciudad de México, se propuso que se estableciera un porcentaje no menor del uno por ciento de los egresos totales que cada año figuren en el presupuesto federal, para que se atribuya al poder judicial federal, atribuyendo su manejo a la Suprema Corte de Justicia, *cfr.* Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Memoria de la IV Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana*, México, 1972, p. 55.

¹⁶⁹ *Cfr.* Rafael Angel Rojas Rodríguez, *La independencia financiera del poder judicial*, tesis de grado, San José, Costa Rica, 1974, especialmente pp. 156-163.

¹⁷⁰ La atención preferente de una gran parte de los gobiernos latinoamericanos se concentra especialmente en las obras públicas, que son más ostensibles que los servicios de la administración de justicia.

¹⁷¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 39-40.

sueldos de sus integrantes, sino que también necesitan de los modernos instrumentos técnicos que facilitan el correcto funcionamiento de las actividades judiciales.¹⁷²

XV. LENTITUD Y ONEROSIDAD PROCESALES

63. Son los aspectos patológicos que desvirtúan con mayor fuerza la eficacia de la función judicial, y su padecimiento es prácticamente universal, aun cuando asume caracteres de mayor gravedad en determinados ordenamientos, entre ellos los latinoamericanos.

Ambos fenómenos pueden parecer independientes, pero están estrechamente relacionados, ya que mientras más se prolongue la resolución de un proceso, mayor será su costo, tanto para los justiciables como para los tribunales; y obedecen a motivos muy complejos, entre ellos, el aumento de la población; la complicación de las relaciones sociales, económicas y culturales; el crecimiento de la criminalidad en las grandes ciudades, etcétera, todo lo cual trae consigo la elevación progresiva del número y de la diversidad de los litigios, que no se encuentra en relación con el establecimiento de los órganos judiciales necesarios para resolverlos.¹⁷³

Esta situación ha preocupado hondamente a los procesalistas y por ello la alarmante y progresiva lentitud de los procesos en todas las materias, fue examinado en las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en las ciudades de Bogotá y Cartagena, Colombia, en el mes de junio de 1970,¹⁷⁴ en tanto que el programa de los costos en los procesos se analizó en el Cuarto Congreso Mexi-

¹⁷² Debe pensarse no sólo en instalaciones decorosas, sino en los avances tecnológicos que facilitan extraordinariamente las labores judiciales, y que generalmente no se han incorporado a las actividades de los órganos judiciales latinoamericanos, y que son de uso constante en países de mayor desarrollo, tales como las grabadoras magnetofónicas y las computadoras.

¹⁷³ Aun cuando no existen estadísticas precisas, se puede advertir a simple vista la insuficiencia del número de tribunales en proporción al aumento de los litigios derivados del crecimiento de la población, que es uno de los mayores del mundo en ciertos países de Latinoamérica, como el nuestro, combinada con la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales, y a este último respecto puede citarse el agudo trabajo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social*, en el volumen colectivo "Problèmes Contemporains de Droit Comparé", tomo I, Tokio, 1962, pp. 435-446.

¹⁷⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, en "Estudios de Derecho", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquía", Medellín, Colombia, septiembre de 1970, pp. 389-391.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 127

cano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Cuernavaca, estado de Morelos, durante los días 17 a 20 de abril de 1969.¹⁷⁵

64. Los agudos problemas derivados de la gran lentitud y de los altos costos de la prestación jurisdiccional en nuestros países también debe atraer la atención de los cultivadores del derecho constitucional, por dos razones:

- a) En primer lugar, porque la gran demora en resolver las controversias procesales, además de repercutir en la paz social, ya de por sí alterada por otros problemas relacionados con el desarrollo, afectan considerablemente el derecho de acción consignado en una gran parte de los textos fundamentales de Latinoamérica,¹⁷⁶ el cual implica no sólo la facultad de acudir a los tribunales a solicitar la prestación jurisdiccional, sino también la obligación de éstos para resolver las controversias en forma expedita.¹⁷⁷

Al respecto, debe recordarse que varias constituciones latinoamericanas han consignado el derecho de los justiciables a que las controversias o litigios en los cuales intervengan, se resuelvan en un *plazo razonable*,¹⁷⁸ exigencia que se desvirtúa con el retardo que se observa en la mayoría de los juicios, inclusive en los laborales, en los cuales se han postulado la rapidez y la brevedad como sus características peculiares,¹⁷⁹ y esto no por la amplitud de los plazos legales, sino por el

¹⁷⁵ Pueden consultarse las conclusiones adoptadas en dicho Congreso en relación con este tema en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 775-781.

¹⁷⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 55-59.

¹⁷⁷ Son varias las disposiciones constitucionales latinoamericanas que hacen referencia, en algunos casos en forma categórica, al derecho fundamental de los justiciables para que los tribunales resuelvan las controversias dentro de los plazos legales, con la consiguiente obligación de los jueces, los que incurren en responsabilidad oficial cuando no cumplen con este deber, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 91-92.

¹⁷⁸ Debe mencionarse que en el artículo 8º, fracción I, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, se consignó como uno de los derechos de la persona humana, el de ser oído ante los tribunales "dentro de un plazo razonable".

¹⁷⁹ Cfr. entre otros, Alfredo Ruprecht, *El derecho procesal del trabajo*, en "Revista Mexicana del Trabajo", México, diciembre de 1968, pp. 97-115; Elson Guimaraes Gottschalk, *Caracteres propios del derecho procesal del trabajo*, trad. de Héctor Genoud, en "Gaceta del Trabajo", Buenos Aires, febrero de 1962, pp. 115-127; Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 2ª ed., México, 1973, pp. 47 y ss., 73 y ss.; Patricia Kurczyn de Stephan, *Derecho procesal social con especial referencia a la nueva Ley Federal mexicana del Trabajo*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", Madrid, 1971, pp. 819-855.

fenómeno indicado por el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, de la *inactividad procesal*, que se caracteriza por las *etapas muertas*, es decir, por los periodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas, y que pueden calificarse en relación con los actos procesales como “entre actos”.¹⁸⁰

- b) El segundo aspecto constitucional de retraso en los procesos es el relativo a la ineficacia de los instrumentos específicos establecidos para la tutela de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, así como de los medios de impugnación de las leyes inconstitucionales, cuando la duración real de su tramitación excede de un tiempo razonable, ya que si una petición de *habeas corpus*, de amparo o de *mandado de segurança* no se traduce en una protección rápida de los derechos fundamentales del afectado, carece de utilidad efectiva.

Compárese la celeridad con la que actúa normalmente un juez angloamericano al decidir procedimientos de *habeas corpus*, de *injunctio*, de *mandamus*, etcétera, cuando se trata de proteger la libertad y la dignidad humanas, con la larga tramitación que debe efectuar un tribunal latinoamericano para lograr la propia tutela, y ello no tanto por las formalidades procesales, que también existen, sino por los obstáculos de carácter práctico.¹⁸¹

En esta dirección, una declaración de inconstitucionalidad de una ley, que se prolongue demasiado tiempo, tendrá efectos reales muy limitados, tomando en cuenta que será muy difícil lograr la nulidad de actos y resoluciones efectuados bajo su imperio; situación que se complica cuando la misma declaración de inconstitucionalidad sólo posee efectos particulares.¹⁸²

65. El elevado costo de los procesos afecta también los derechos constitucionales de acción y defensa en juicio, en cuanto impide que amplios sectores de la población puedan exigir el cumplimiento o realizar la defensa de sus derechos, por falta de recursos económicos o por incosteabilidad respecto del monto de la reclamación.

Es cierto que algunos países latinoamericanos, entre ellos el nues-

¹⁸⁰ *La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núm. 66-67, abril-septiembre de 1967, pp. 369-380.

¹⁸¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina*, cit., pp. 485-508.

¹⁸² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, cit., pp. 76-84.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 129

tro, han consagrado en sus textos constitucionales, el principio de la *justicia gratuita*,¹⁸³ pero aun en el supuesto de que esta declaración tenga efectividad real, quedan todavía las *costas procesales*, que serán tanto más cuantiosas cuanto más se prolongue el proceso, y en muchas ocasiones son tan altos estos costos, que desalientan a los justiciables, los que prefieren cualquier arreglo, por inconveniente que sea, para concluir la controversia.¹⁸⁴

66. Los remedios que pueden aplicarse a estos dos graves vicios no son sencillos, y no pueden apoyarse únicamente en reformas de carácter jurídico, pero éstas son también esenciales para que, combinadas con otros instrumentos sociales, políticos y económicos, puedan sustraer a la impartición de justicia en Latinoamérica del marasmo en el cual se encuentra.

Desde este ángulo jurídico, deben intentarse modificaciones constitucionales de las bases de carácter procesal y orgánico, recordando que una de las reformas que mayor éxito ha tenido en cuanto a la efectiva brevedad de los juicios fue la realizada por Franz Klein en Austria, al finalizar el siglo anterior,¹⁸⁵ y que se tradujo tanto en la promulgación de nuevas disposiciones procesales como en la modificación sustancial de la judicatura.

67. Uno de los aspectos más importantes para abreviar los procesos consistiría en la implantación de la *oralidad* dentro de los límites que admite nuestro medio, pero esta aspiración, que se ha reiterado constantemente por los juristas latinoamericanos, se ha estrellado contra el muro impenetrable del desesperante sistema de escritura que heredamos de la vieja legislación española y que no hemos podido superar.¹⁸⁶

¹⁸³ Este principio fue establecido primeramente en la Constitución Federal Mexicana de 5 de febrero de 1857, artículo 17, reiterándose en el precepto del mismo número en la Carta Fundamental vigente de 1917, y siguen el mismo criterio las Leyes Suprema de Bolivia, artículo 116; Ecuador, artículo 92; Guatemala, artículo 240; Honduras, artículo 219; Nicaragua, artículo 282; Panamá, artículo 183; y República Dominicana, artículo 209.

¹⁸⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano*, cit., pp. 85-88.

¹⁸⁵ Sobre los resultados de la obra de Klein, cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Nombre, extensión, técnica legislativa y sistemática del anteproyecto*, en el curso colectivo sobre el anteproyecto del Código Distrital de 1948, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núms. 47-48, México, julio-diciembre de 1950, pp. 77-78; Eduardo J. Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de Motivos*, Montevideo, 1945, p. 40; Piero Calamandrei, *La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco*, en el volumen "Chiovenda. Recuerdo de Juristas", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, pp. 151-159.

¹⁸⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 80-81.

Pero la oralidad, así sea restringida, no puede lograrse sin una reestructuración a fondo de la judicatura, para suprimir viejos vicios burocráticos y para infundir un nuevo espíritu en nuestros juzgadores, lo que a primera vista se aprecia como una enorme tarea que no puede realizarse sino de manera paulatina.

XVI. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

68. Es una materia que recientemente ha atraído la atención de los juristas latinoamericanos,¹⁸⁷ pero que todavía no se ha estudiado a nivel constitucional, a pesar de las hondas repercusiones que tiene sobre los derechos fundamentales de acción, de defensa y de igualdad procesales.

En efecto, se ha caído en cuenta que el principio de igualdad de las partes se ha transformado en una situación puramente formal, en la que aquella que cuente con mayores recursos técnicos y económicos, se encuentra en un nivel de superioridad frente a su adversario, y esto ha tratado de superarse en el proceso laboral, otorgando al trabajador ciertos privilegios procesales que se traducen en lo que se ha calificado de *igualdad por compensación*;¹⁸⁸ y en el proceso penal se ha pretendido equilibrar al acusado frente al Ministerio Público, otorgando al primero ciertas ventajas que se agrupan en el principio de *in dubio pro reo*.¹⁸⁹

69. Estos remedios procesales han aliviado relativamente a los justiciables que se encuentran en condiciones de inferioridad social, económica y cultural, pero no constituyen solución efectiva para lograr que amplios sectores de la población, muy numerosos en Latinoamérica, puedan lograr la prestación jurisdiccional en condiciones de igualdad y equilibrio.

Los instrumentos tradicionales para procurar asesoramiento legal a los justiciables carentes de recursos, tales como el llamado beneficio

¹⁸⁷ Debe mencionarse que en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza durante los días 9 a 14 de octubre de 1972, se examinó el tema de "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia". Cfr. Crónica, *VII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, en "Revista de Estudios Procesales", núm. 14, Rosario, Argentina, diciembre de 1972, pp. 111-112.

¹⁸⁸ Cfr. Eduardo J. Couture, *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del Trabajo*, en "Estudios de Derecho procesal Civil", tomo I, Buenos Aires, 1948, pp. 271 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. Santiago Sentis Melendo, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, 1971, pp. 48 y ss.

de pobreza;¹⁹⁰ la utilización de defensores de oficio; y la colaboración gratuita y voluntaria de los colegios de abogados;¹⁹¹ han resultado insuficientes para proporcionar auxilio jurídico a los que carecen de recursos suficientes para obtener los servicios profesionales de un abogado y cubrir los gastos del proceso.

70. Debido a esta situación se inició en Inglaterra, a partir del año de 1949, la implantación de un nuevo sistema llamado *legal aid*,¹⁹² que con modalidades peculiares se ha implantado en 1964 en los Estados Unidos;¹⁹³ Francia en 1972;¹⁹⁴ Israel en 1973;¹⁹⁵ e Italia también en el año de 1973, pero exclusivamente en materia laboral y de la seguridad social.¹⁹⁶

Esta institución, que puede denominarse en español *asesoramiento jurídico y procesal*, significa sustituir el sistema tradicional de la ayuda voluntaria y gratuita de los colegios de abogados, dirigida exclusivamente a la defensa en juicio de los que carecen de recursos económicos, por un asesoramiento legal muy amplio por parte de organismos públicos, generalmente autónomos, que en su caso, también cubren los gastos del proceso, cuando el solicitante demuestra que sus ingresos son reducidos y que su reclamación no es ostensiblemente infundada.¹⁹⁷

¹⁹⁰ El modelo que han tomado varios códigos procesales latinoamericanos sobre esta institución, es el llamado "beneficio de defensa por pobre", según los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881; *cfr.* José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, 4ª ed., Madrid, 1919, pp. 98 y ss.

¹⁹¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 66-67.

¹⁹² *Cfr.* entre otros, el estudio comparativo de Norman S. Marsh, *La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 107-131; y el más reciente, también de carácter comparativo, de Mauro Cappelletti y James Gordley, *Legal Aid: Modern Themes and Variations*, en "Stanford Law Review", vol. 14, núm. 2, Stanford, enero de 1972, pp. 347-386, 387-421.

¹⁹³ Entre otros, *cfr.* Vittorio Denti, *L'assistenza giudiziaria ai poveri y la sua recente evoluzione*, en su libro "Processo civile e giustizia sociale", Milano, 1972, pp. 36-41.

¹⁹⁴ *Cfr.* especialmente Bruno Oppetit, *La ayuda judicial*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.

¹⁹⁵ *Cfr.* Hal R. Lieberman, *Israel Legal Aid Law: Remedy for Injustice?*, en "Israel Law Review", Jerusalem, julio de 1974, pp. 413-436.

¹⁹⁶ *Cfr.* Giancarlo Pezzano, *La Gratuità del giudizio e il patrocinio statale*, en el libro colectivo "Le controversie in materia di lavoro", Bologna-Roma, 1974, pp. 561-577.

¹⁹⁷ *Cfr.* además de los autores mencionados en las notas anteriores, puede consultarse a Jacinta Rumi, *L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria en Inghilterra*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, julio-septiembre de 1970, pp. 412-433; Gerald Dworkin, *The Progress and Future of Legal Aid in Civil Litigation*, en "The Modern Law Review", London, julio de 1965, pp. 432-433.

71. Se nos dirá que en Latinoamérica ya existen los defensores de oficio, y en algunos ordenamientos, los procuradores de pobres, procuradores laborales y agrarios, etcétera, pero con independencia de que la actividad de estos funcionarios deja mucho que desear debido a una serie de factores adversos,¹⁹⁸ de cualquier manera, su actuación está inspirada, aun cuando no lo sea conscientemente, en principios caritativos que provienen de la Edad Media y se consagran en la legislación colonial,¹⁹⁹ ya que toma como base el concepto de *pobreza*, o sea la insolencia económica total del solicitante; principios que se han superado en los nuevos sistemas, los que otorgan los servicios legales inclusive a personas de medianos recursos, en proporción a sus ingresos.²⁰⁰

72. Lo anterior significa que el asesoramiento legal se está transformando, como lo indican las disposiciones más recientes en los Estados Unidos e Inglaterra, en una prestación de *seguridad social*, en forma similar y paralela a los otros servicios, como los de carácter médico.²⁰¹

Este servicio de seguridad social se proporciona por medio de oficinas jurídicas que cuentan con personal técnico de tiempo completo, cuya remuneración se cubre con fondos públicos. Su expresión más evolucionada está representada por las *Neighborhood Law Firms* de los Estados Unidos.²⁰²

73. En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la Unión Soviética, el servicio de asesoramiento jurídico se presta sólo por oficinas públicas, ya que está prohibido el ejercicio libre de la abogacía,²⁰³ que es el sistema adoptado por la legislación cubana en época reciente, a través de los bufetes colectivos, según se expresó con anterioridad.

¹⁹⁸ Sobre el sistema de la defensoría de oficio en todas las ramas procesales, *cfr.* Sergio García Ramírez, *Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano*, en el volumen colectivo "Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)", México, 1971, pp. 391-406.

¹⁹⁹ Sobre los procuradores de las audiencias y cancelerías de las colonias españolas, puede consultarse el título 28, del libro Segundo; y sobre los procuradores y defensores de indios, el título 6º, del libro sexto; de la Recopilación de Las Leyes de Indias, edición de 1841, Madrid, tomo I, pp. 303-305; y tomo II, pp. 249-250.

²⁰⁰ Mauro Cappelletti y James Gordley, *Legal Aid*, cit., pp. 376-379; 406-418.

²⁰¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 70-75.

²⁰² *Cfr.* Daniel H. Loewenstein y Michel J. Waggoner, *Note. Neighborhood Law Offices: the New Wave in Legal Services for the Poor*, en "Harvard Law Review" Cambridge, Mass., 1967, pp. 805-813.

²⁰³ *Cfr.* Paolo Pecori, *Il "costo" del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, abril-junio de 1970, pp. 261-262; Donald D. Berry y Harold J. Berman, *The Soviet Legal Profession*, cit., pp. 12-16; Laurence N. Fireman y Zigurds L. Zile, *Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice*, cit., pp. 39 y ss.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 133

74. Debemos ser muy cautos para incorporar en las constituciones y en la legislación de nuestros países los nuevos sistemas de seguridad jurídica, ya que es preciso lograr previamente la transformación de la abogacía, pues si no se introduce en ella un espíritu de servicio social, corremos el riesgo de lograr sólo una ampliación burocrática de las actuales defensorías de oficio.

Sin embargo, lo anterior no significa que abandonemos la idea de un cambio paulatino, como el que se propuso al abordar el tema en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza en octubre de 1972.²⁰⁴

XVII. ACTIVIDAD Y PASIVIDAD JUDICIAL

75. Esta materia es una de las más sensibles, ya que implica una modificación en la forma y en el espíritu de la prestación jurisdiccional.

Se ha puesto de relieve que los jueces formados en el sistema continental europeo han sido tradicionalmente pasivos, por la concepción derivada de la revolución francesa, en cuanto a la aplicación mecánica de la ley, por lo que los propios jueces se limitan a vigilar el procedimiento, de la misma manera que un juez de campo vigila que los deportistas cumplan con las reglas del juego.²⁰⁵

76. Esta concepción está cambiando lentamente, en cuanto se ha llegado al convencimiento de que los organismos judiciales realizan una labor creativa y no simplemente aplicadora de las normas jurídicas, y por ello se ha llegado a la idea del juez *director* del proceso.²⁰⁶

El juez pasivo, simple espectador de la contienda, se transforma en un funcionario activo y dinámico, director del juicio que no se abandona a la iniciativa de las partes, sino que las conduce hacia una solución más justa del conflicto.

Claro que esta transformación tiene sus peligros, ya que se puede alcanzar el extremo opuesto, del *dictador* del proceso, con lo cual se

²⁰⁴ Consulte la crónica mencionada en la nota 187 de este trabajo.

²⁰⁵ Entre otros, *cfr.* el excelente estudio del profesor venezolano José Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, con un profundo y extenso prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Valencia, Venezuela, 1968.

²⁰⁶ *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*, en su obra "Estudios de teoría general e historia del proceso", cit., tomo II, pp. 245-290; Hans Walter Fasching, *Liberalización y socialización del proceso civil*, trad. de Raúl Nocedal, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", núms. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 23-33; Mauro Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado*, trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1973, especialmente pp. 43-82.

retrocedería hacia el viejo proceso de la inquisición, en el cual las partes no son sujetos sino objetos del proceso.²⁰⁷

77. El problema es sumamente complejo, ya que no se puede alcanzar fácilmente el equilibrio entre los dos extremos, para lo cual debe intentarse, por una parte, la modificación de los códigos procesales de corte liberal, como lo son generalmente los latinoamericanos, salvo los más recientes, con el objeto de dotar al tribunal de facultades de dirección del proceso, entre otras, respecto a la orientación de las partes sobre el alcance de sus pretensiones; la realización del llamado depuramiento procesal, es decir, corregir los vicios que puedan invalidar el procedimiento; la posibilidad de allegarse elementos de convicción que complementen los presentados por las partes; conclusión personal de las audiencias —lo que implica la necesidad de implantar una dosis así sea limitada de oralidad—; valoración de las pruebas de acuerdo con el sistema razonado o de la sana crítica.²⁰⁸

78. Lograr que los jueces latinoamericanos, tradicionalmente pasivos y carentes de iniciativa, asuman un papel de directores dinámicos del proceso, no será tampoco una tarea sencilla, aun en el supuesto de que se cuente con códigos procesales modernos, pues se sentirán poco inclinados a utilizar las facultades que les otorgan estos últimos.

Lo anterior resulta muy explicable, ya que la mayoría de nuestros jueces se han formado dentro de un concepto mecánico de la función judicial, y además encuentran serios obstáculos para realizar sus funciones, debido a bajas remuneraciones; falta de prestigio social; ausencia de una verdadera carrera judicial; presiones políticas y económicas; falta de colaboración de los abogados y de los auxiliares judiciales; carencia de elementos materiales, etcétera.

79. La disyuntiva entre la pasividad o la actividad del juzgador ha asumido una gran trascendencia en los últimos años y por ello figuró como uno de los temas del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado que se efectuó en la ciudad de Teherán, Persia, en septiembre de 1974.²⁰⁹

En la ponencia general de esta materia, redactada por el profesor J. A. Jolowicz de la Universidad de Cambridge y para lo cual desafortunadamente

²⁰⁷ Cfr. Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, pp. 175-201.

²⁰⁸ Cfr. en general, Mauro Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York, 1971, especialmente pp. 87-99.

²⁰⁹ El tema respectivo se intituló: *The active functions of judges. Le rôle actif du Juge.*

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 135

tunadamente no enviaron informes juristas latinoamericanos, se señalan los grandes obstáculos para lograr una transformación judicial, y coincidimos con el distinguido ponente en cuanto afirma que el papel activo del juzgador sólo puede efectuarse de manera equilibrada si cuenta con la colaboración de una abogacía independiente y con sentido de servicio social.²¹⁰

XVIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones concretas que es posible establecer del análisis realizado en la ponencia son las siguientes:

Primera: Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad, en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.

Segunda: Resulta indispensable la reafirmación de la función política del organismo judicial, entendida como intervención técnica, para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales, la que asume particular dificultad en el ámbito latinoamericano debido a la existencia de organismos ejecutivos predominantes, y en algunos casos dictatoriales; y esta función se centra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes reconocida en la mayoría de las cartas fundamentales de Latinoamérica, pero además en la interpretación directa o indirecta de las disposiciones supremas y la tutela de los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Tercera: Si se quiere lograr la realización práctica de la justicia constitucional en América Latina, debe adoptarse una serie de reformas del organismo judicial entendido en un sentido integral y de conjunto, y para ello deben otorgarse a los tribunales administrativos, cualquiera que sea su encuadramiento formal, todas las facultades imperativas de la función judicial, incluyendo la de ejecutar coactivamente sus resoluciones contrarias a la administración; darle independencia al Ministerio Público, respecto del ejecutivo, separando las atribuciones de asesoría y representación del gobierno, de la de representación social y persecución de los delitos, ya que esta última requiere de autonomía; y finalmente, configurar la abogacía latinoamericana con un nuevo

²¹⁰ *The Active Role of the Court. General Report*, pp. 58-59 del ejemplar mimeografiado.

espíritu de servicio social, que le permita abandonar su papel tradicional de profesionalista liberal, para asumir la de colaboración efectiva con el juzgador.

Cuarta: La función de órgano de justicia constitucional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados, con razón o sin ella, de revolucionarios, y para ello podrían utilizarse los instrumentos de la *razonabilidad* que ha sostenido valientemente en alguna época la Suprema Corte Argentina, y en lo que resulte aplicable, el recurso de *desvío de poder*, creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para determinar los límites de las facultades discrecionales del ejecutivo.

Quinta: En la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consagrar la declaración general de inconstitucionalidad, con el objeto de darle verdadera eficacia práctica y respetar el derecho fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley, lo que por otra parte ya se practica en varios países de Latinoamérica.

Sexta: En la reorganización del aparato judicial latinoamericano, resulta conveniente la introducción del Consejo Judicial o de la Magistratura, integrado mayoritariamente por funcionarios judiciales, así como también con representantes de los otros departamentos, con el objeto de vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales, especialmente el nombramiento, promoción y responsabilidad de los jueces, y el establecimiento de una verdadera política judicial, que tendría la ventaja de evitar que el organismo judicial se transforme en un cuerpo cerrado y estratificado.

Séptima: El organismo judicial debe tener facultades colegislativas, es decir, poder presentar iniciativas ante el órgano legislativo de los ordenamientos relacionados con su función, y también la de formular dictámenes respecto a los proyectos que sobre esta materia redacten otras autoridades.

Octava: Debe insistirse en la necesidad de lograr la verdadera autonomía financiera de los tribunales latinoamericanos, y el sistema más adecuado es el de consagrar en el texto constitucional un porcentaje mínimo del presupuesto nacional, y la autonomía para su manejo.

PODER JUDICIAL EN SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS 137

Novena: Debe combatirse, hasta donde esto sea posible, las dos afecciones patológicas de la función judicial, es decir, la lentitud y la onerosidad procesales, que están íntimamente relacionadas, ya que especialmente desvirtúan la tutela de los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad de las leyes, así como los derechos de los justiciables, también constitucionales, de la acción y de la defensa en juicio; para ello es preciso actualizar los viejos códigos procesales, establecer un mínimo de oralidad, y reorganizar la judicatura.

Décima: El acceso a la jurisdicción como derecho fundamental de los justiciables no se alcanza de manera efectiva con los sistemas tradicionales, todavía practicados en Latinoamérica, de la justicia gratuita, el patrocinio voluntario de los abogados; el beneficio de pobreza o la defensoría de oficio. Además, debe estudiarse la posibilidad de adoptar, con las debidas precauciones, los nuevos instrumentos de la asesoría legal establecida recientemente en varios países que han llegado a concebir dicho asesoramiento como una institución de seguridad social.

Undécima: Debe modificarse la tradicional pasividad de los jueces latinoamericanos, otorgándoles facultades de dirección del proceso, con una dosis así sea limitada de oralidad, y la colaboración de una abogacía independiente dotada de espíritu de justicia social. Ello implica una serie de reformas que deben partir de una transformación de la enseñanza del derecho y el establecimiento de especialización de las diversas profesiones jurídicas.