

REVISTA DE REVISTAS

DERECHO PROCESAL 252

FAIRÉN GUILLÉN. *Algunas notas sobre modernización de la Ley de enjuiciamiento criminal*. V. Derecho Procesal.

GELSI BIDART. *Pericia científica y 'libre' apreciación*. V. Derecho Procesal.

DERECHO PROCESAL

BARRERA GRAF. *La Ley de protección al consumidor*. V. Derecho Mercantil.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Algunas notas sobre modernización de la Ley de enjuiciamiento criminal*. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", núm. 4, 1976, pp. 763-870. Madrid, España.

En este amplio y documentado trabajo, el conocido catedrático de la Universidad de Valencia hace una cuidadosa revisión de los aspectos de la Ley de enjuiciamiento criminal española de 1882 que, a su juicio, deben ser reformados para actualizar aquélla.

Frente al Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal, aprobado por la Comisión General de Codificación en julio de 1970, el procesalista español se plantea la pregunta de si realmente es necesario un nuevo Código procesal penal o si es suficiente con sólo reformar y actualizar la vigente Ley de enjuiciamiento criminal. Ante el reconocimiento de los mismos autores del anteproyecto que la reforma procesal propuesta es parcial, porque la total no es necesaria, el catedrático español se inclina por la segunda solución: "reforma, perfeccionamiento de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882; un 'Código procesal penal' nuevo... no es necesario" (p. 764).

El autor advierte, con razón, que la reforma procesal penal debe empezar, en primer término, con la reforma de la organización de los tribunales. Por este motivo, al reiterar sus puntos de vista sobre la Ley de Bases Orgánicas de la Justicia de 1974, indica que ésta no debe ser desarrollada, sino reelaborada totalmente de acuerdo con las orientaciones que propone.

Sobre estas bases, el procesalista hispano hace una extensa y acuciosa revisión de los artículos que deben ser reformados y de los que deben ser adicionados, entre los que destacan los concernientes a las cuestiones prejudiciales y la acumulación de procesos; el momento del nombramiento del defensor y su intervención en la instrucción —averiguación previa, en México—; el tratamiento de los detenidos; el auto de procesamiento y la prisión provisional —preventiva, en México—; los presupuestos procesales; las pruebas; los medios de impugnación, y algunos juicios especiales.—José OVALLE FAVELA.

GELSI BIDART, Adolfo. *Pericia científica y 'libre' apreciación*. "Revista de Estudios Procesales", núm. 23, marzo 1975, pp. 3-18. Rosario, Argentina.

En este trabajo, el conocido procesalista uruguayo reflexiona sobre el significado procesal de la prueba pericial. Destaca, en primer término, la importancia actual de este medio de prueba por el desarrollo científico y social. Además, puntualiza las relaciones —convergentes y divergentes— entre la figura del perito y la del testigo, particularmente en cuanto al tiempo, al encargo, la autoridad, el objeto sobre el que declaran o dictaminan, el requerimiento y la naturaleza de su actividad. Después de delimitar el sentido de la pericia —acotación más necesaria en épocas de "tecnocracia"—, abunda en razones para justificar la apreciación libre de la peritación: la relatividad del conocimiento científico, el desarrollo mismo de la investigación científica y las variaciones de la aplicación técnica.

Por otro lado, reitera su punto de vista sobre la unidad del tratamiento de la pericia —tanto de la figura del perito como la evaluación de la eficacia de su dictamen—, que no debe de variar, independientemente de la clase de procesos de que se trate (penal, civil, etc.). Lo que puede variar en todo caso es la intervención mayor o menor que corresponda al juez y a las partes, según sea el principio predominante —inquisitorio o dispositivo—. Sin que esto afecte a su regulación, la especialización de los tribunales y el desarrollo científico han traído consigo un aumento y una mayor diferenciación de las pericias.

Gelsi Bidart precisa el carácter del perito como sujeto procesal secundario y normalmente eventual: "Por más importancia que se le asigne al perito en determinados procesos... , por más que en muchas ocasiones los jueces, de hecho, se limiten a "homologar" las conclusiones de los dictámenes periciales, en todo caso el perito *no es* sujeto principal del proceso: no le corresponde ni plantear el *thema decidendum* (función de las partes) ni resolverlo (lo que corresponde al juez)" (p. 11).

En cuanto al resultado, el perito puede, sin embargo, asumir el papel (1) de *juzgador*, cuando se le atribuye la facultad de juzgar (árbitro) o de contribuir al juzgamiento, como miembro del colegio juzgador (integración del perito en el tribunal), situaciones que el autor rechaza radicalmente; y (2) de *asesor*, bien produciendo una prueba plena "legal-convencional" —cuando las leyes procesales establecen la posibilidad para las partes de imponer las conclusiones del perito o los peritos al propio juez—, o bien, produciendo una prueba "racional", apreciada libremente por el juzgador. Esta libre valoración, a su vez, puede ser de las siguientes formas: a) *absoluta libertad*, sin necesidad de expresar los motivos de la convicción y sin posibilidad de efectiva fiscalización; b) *convicción moral* o intuitiva, con expresión de las razones

psicológicas, de difícil fiscalización, y c) *convicción razonada*, acorde a las reglas de la sana crítica, a fundamentos razonables, expuestos y, por tanto, fiscalizables. "Este último —apunta con razón— es el punto de vista predominante en la apreciación de la prueba y, en particular, de la pericia" (p. 17). José OVALLE FAVELA.

MORGENSTERN. *Las trabajadoras y los tribunales*. V. Derecho del Trabajo.

NÚÑEZ MOROTO. *El Decreto 196/1976, regulador del documento nacional de identidad...* V. Derecho Administrativo.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Resoluciones judiciales en materia de derecho del trabajo*. V. Derecho del Trabajo.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*. "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 4, 1976, pp. 905-943. Madrid, España.

En más de un sentido, la teoría de la división de poderes de Charles Louis de Secondat, barón de Montesquieu, se ha convertido en un verdadero dogma de la doctrina constitucional y, por reflejo, de la procesal. Muy escasamente analizada, y normalmente tomada en cuenta sin ninguna consideración de las circunstancias histórico-políticas en que surgió, esta teoría ha sido y sigue siendo el marco de referencia acrítico y de valor axiomático para enjuiciar las normas constitucionales y las prácticas políticas de cualquier sistema.

Por estos motivos, las interesantes reflexiones y revisiones sobre tal teoría y sus aspectos particularmente referidos a la jurisdicción, expuestos en el trabajo que se reseña, resultan sumamente interesantes. Pedraz Penalva, doctorado por la Universidad de Salamanca con la tesis *Formación de la jurisdicción* (1972), examina en este nuevo ensayo, recurriendo directamente a *L'Esprit des Lois* y a la doctrina que ha tratado de interpretar esta obra fundamental, los aspectos medulares de dicha teoría.

Después de aludir a las fuentes y las circunstancias históricas en que Montesquieu elaboró su teoría, advierte que su "denominado principio de la 'división de poderes' no fue el resultado de una mera elaboración teórica, sino que en él se limitó a aceptar la división social de los poderes existentes —división que se plantea... sólo entre ejecutivo, monarca y legislativo, nobleza y

burguesía, tanto en el momento como en su proyección histórica— integrándolos en una unidad política soberana, que ni los mantiene separados ni en equilibrio" (pp. 913-914).

En cuanto a la interpretación de la teoría de Montesquieu, el autor se plantea básicamente dos cuestiones. En primer término, "¿esta doctrina recoge tan sólo un principio de organización jurídica de 'poderes' estatales, o más bien una fórmula de organización de carácter político-constitucional de las fuerzas sociales históricamente existentes? De estas dos interpretaciones, que Eisenman denomina "jurídica" a la primera y "política" a la segunda, Pedraz Penalva, después de puntualizar los errores e inexactitudes de la primera, se inclina por la última. De acuerdo con Eisenman, "el principio no es el de la separación de poderes sino el de la no confusión, de los tres poderes o de dos de entre ellos, limitándose a excluir, por tanto, una cierta composición, según la cual un mismo órgano ejercería dos o tres poderes; a diferencia de la concepción anterior, abiertamente más radical, ésta supone simplemente la necesidad de no identidad o no confusión" (p. 918).

La segunda cuestión que el autor se plantea, es la siguiente: "¿apuntaba la doctrina de Montesquieu al mero establecimiento de un equilibrio de poderes que a toda costa habría que conservar ulteriormente, o más bien, por el contrario, a su modificación e incluso supresión como consecuencia de la acción del Estado articulada por aquel principio?". Al responder a las objeciones que formula Carré de Malberg a la teoría de Montesquieu —que la entiende como equilibrio que desemboca en inmovilismo—, Pedraz Penalva puntualiza que si bien es cierto que el problema de la transformación social no se lo planteó en forma rigurosa Montesquieu, "es preciso entender su postura dentro de su creencia en la imposibilidad de determinar de modo universal y ahistórico esta cuestión"; agrega que para él "no existen más que soluciones históricas relativas a las diferentes dimensiones espaciotemporales" (pp. 920-921).

En relación concretamente con la jurisdicción, se plantea el autor también dos cuestiones fundamentales: ¿es realmente poder el judicial?, ¿es independiente y en qué sentido? Para la primera pregunta, indica que hay dos respuestas posibles, ambas sostenibles desde el punto de vista de la teoría de Montesquieu: si se sostiene que es un poder, es necesario advertir que lo es en un sentido distinto del de los otros dos; por otro lado, también puede afirmarse simplemente que no es un poder. El autor sostiene, siguiendo a Montesquieu, que el judicial no es un poder *político*, ya que "el juez no actúa —en un sentido de actuación política— porque políticamente la justicia es neutra, no teniendo vinculación con el Estado, tanto por estar en manos de la burguesía, como porque la acción misma de su función se realiza ya no profesionalizadamente. Es decir —añade—, no actúa políticamente —en cuanto que

además lo hace desde una política ya establecida: ley— y asimismo no está vinculada al Estado” (p. 929). Es claro que las nuevas reflexiones e investigaciones sobre la ideología de los funcionarios judiciales y la función política de la interpretación judicial, niegan, o cuando menos cuestionan muy seriamente, estas afirmaciones e interpretaciones de la doctrina de Montesquieu.

Por último, Pedraz Penalva señala que, de acuerdo con el autor de *L'Esprit des Lois*, el poder judicial es independiente en un doble aspecto: (1) en cuanto no se encuentra sometido ni al poder ejecutivo ni al legislativo, y (2) “en cuanto que está sometido a la ley”. Es lógico que esta concepción del poder judicial independiente puede y debe ser revisada, a la luz tanto de la posible intervención de otros grupos de poder político y económico diferentes de los poderes formales y de la experiencia del funcionamiento real de los poderes judiciales en nuestra época, como de las limitaciones del llamado principio de legalidad. El trabajo de Pedraz Penalva es un punto de partida valioso para esta revisión, al esclarecer y deslindar el sentido y los alcances de la teoría de Montesquieu.—José OVALLE FAVELA.

DERECHO DEL TRABAJO

BRANCA, Gilorgio. *I diritti dei lavoratori nell'impresa: valutazioni comparative tra l'esperienza italiana e l'ordinamento francese*. “Rivista di Diritto del Lavoro”, año XXVII, núms. 1 y 2, enero-junio, 1975, pp. 2-15. Milán, Italia.

Estudio particularmente interesante, que comprende una confrontación entre los modelos normativos mencionados y que explican los lineamientos generales de la comparación metodológica adoptada.

Para los efectos del estudio comparado se deslinda el ámbito de las instituciones que habrán de analizarse.

Los derechos sindicales y, particularmente, las formas de representación en la empresa; los derechos de libertad en los centros de trabajo; la disciplina que rige el despido; los problemas de la participación en general y especialmente la de las utilidades.

Por lo que respecta a las formas de representación de los trabajadores en la empresa, se advierte una analogía sustancial en la reglamentación de los órganos interempresariales respectivos, los “Comités de empresa” en Francia y las “Comisiones internas” en Italia.

Se examina el ejercicio de los derechos sindicales en la empresa, la actividad sindical y el reconocimiento de los derechos de libertad en los centros de