

EL PENSAMIENTO DE EDUARDO J. COUTURE Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL (*)

SUMARIO

I. *Introducción.* II. *Derecho constitucional y derecho procesal.* III. *Nacimiento de una nueva disciplina: el derecho constitucional procesal.* IV. *Sectores que la integran.* V. *La jurisdicción como función esencial del Estado moderno. Las garantías judiciales.* VI. *El proceso y la tutela de los derechos humanos. Las garantías de los justiciables.* VII. *El acceso a la jurisdicción.* VIII. *Conclusiones.*

I. *Introducción*

1) Pretendemos abordar en este breve estudio, el problema relativo al nacimiento reciente de una disciplina jurídica, todavía de contornos imprecisos, que podemos calificar como *derecho constitucional procesal*, y que ha surgido como resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal.

2) Efectivamente, por mucho tiempo esta confluencia no fue advertida de manera suficiente y los cultivadores de las dos disciplinas mencionadas en segundo término seguían caminos diferentes, especialmente en la época, afortunadamente superada, en que predominaba un concepto privatista del proceso.¹

3) Sin embargo, se advierte un cambio de perspectiva, en cuanto surgió el procesalismo científico, que para fijar una fecha inicial hasta cierto punto arbitraria, se puede señalar el año de 1868, en que fue publicado el libro clásico de Oscar Bülow sobre *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*,² especialmente a través del concepto sobre la

* Trabajo elaborado para el número de la "Revista de Derecho Procesal", de Uruguay, dedicado a la memoria del ilustre procesalista Eduardo J. Couture, y se publica con autorización de la Comisión Editorial de dicha Revista.

¹ Cfr. la brillante exposición de Couture, Eduardo J., sobre las concepciones privatistas del proceso, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3a. Ed., Buenos Aires, 1958, pp. 126-131.

autonomía de la acción, lo que significó para los estudios procesales un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo, según una frase muy acertada de Eduardo J. Couture.³

4) Esta evolución hacia la que podemos calificar como publicización del proceso en general, y del civil en particular, culmina con la corriente moderna que considera al derecho de acción como un derecho subjetivo público, de carácter constitucional, orientación en la cual han sido fundamentales las ideas del ilustre jurista uruguayo, en cuanto al desarrollar este concepto formulado brillantemente por Francesco Carnelutti,⁴ destacó la trascendencia constitucional de la acción como un derecho paralelo al de petición.⁵

5) Con anterioridad la doctrina había explorado hasta cierto límite, como lo hicimos notar respecto del gran Carnelutti, las implicaciones de carácter constitucional de las instituciones procesales, particularmente del derecho de acción, y en esta dirección, para señalar algunos ejemplos, podemos mencionar el clásico estudio de Piero Calamandrei sobre *La relatividad del concepto de acción*, en el cual puso de relieve las relaciones de las orientaciones políticas de carácter constitucional y el concepto mismo de la acción,⁶ y el no menos clásico de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, que analiza esta institución procesal en su dimensión más amplia.⁷

² Aparecido en Giessen con el título de: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, y traducido al español por Rosas Lichtstein Miguel Angel, Buenos Aires, 1964; cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, 2a. Ed., México, 1970, p. 135; Id., "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal" en la obra del mismo autor intitulada *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, México, 1974, tomo I, pp. 537-538.

³ *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. *supra* nota 1, pp. 63-64.

⁴ *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Sentís Melendo, Santiago, tomo II, Buenos Aires, 1944, pp. 637 y ss.; Id. *Instituciones del proceso civil*, y *Lecciones sobre el proceso penal*, ambos traducidos por Sentís Melendo, Santiago, tomo I, pp. 317 y ss., y tomo II, pp. 11 y ss., Buenos Aires, 1959 y 1950, respectivamente; Camoglio, Luigi Paolo, *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*. Padova, 1970, pp. 98 y ss.

⁵ Cfr. Couture, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil" en el libro *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 158-173; Id. *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. *supra*, nota 1, pp. 67-68.

⁶ Estudio publicado en el libro del mismo autor *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1961, pp. 135-160.

⁷ Publicado primeramente en el volumen *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, cit., *supra* nota 5, pp. 761-820; y posteriormente en la obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., *supra* nota 2, pp. 317-373.

6) Respecto a esa trascendencia constitucional de las instituciones procesales, debemos señalar como una obra básica y además como el inicio de los estudios sobre la nueva disciplina jurídica que hemos señalado, es decir, del derecho constitucional procesal, el profundo estudio de Eduardo J. Couture intitulado *Las garantías constitucionales del proceso civil*,⁸ que tuvo una amplia repercusión entre los juristas latinoamericanos e inclusive los europeos.⁹

7) Por tanto, las ideas del ilustre Eduardo J. Couture sobre las categorías constitucionales del proceso civil, fácilmente pueden ampliarse a las restantes ramas procesales, y además vincularse con las reflexiones que actualmente predominan en la doctrina procesal contemporánea sobre esta materia, respecto de la cual debemos considerarlo como un renovador.

II. *Derecho constitucional y derecho procesal*

8) Hemos sostenido que no es sino hasta época muy reciente, que tanto los estudiosos del derecho constitucional como los cultivadores del procesalismo científico, se han percatado de la estrecha vinculación de sus respectivas disciplinas, particularmente en esta segunda postguerra, en la que se han expedido Cartas Fundamentales en las cuales se consagran expresamente los lineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional.¹⁰

9) Ya no se discute la trascendencia constitucional de la función jurisdiccional, pero como lo expresó con toda claridad el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocemos lo que es la jurisdicción, pero no sabemos dónde está, es decir si en el derecho procesal o en el constitucional,¹¹ lo que significa que esta fundamental institución se ha estudiado simultáneamente por los cultivadores de ambas disciplinas, pero desde ángulos diversos, sin pretender un análisis de conjunto que unifique los criterios de los juristas de las dos ramas.

⁸ Trabajo citado, *supra*, nota 5.

⁹ Véase el estudio de Liebman, Enrico Tulio, "Diritto costituzionale e processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1952, pp. 327-332, trad. española "Derecho constitucional y proceso civil", en la *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudio que comenta las ideas del insigne Couture.

¹⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974, pp. 9-24.

¹¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, p. 103

10) En tal virtud, el enfoque novedoso de las instituciones procesales, empezando por la jurisdicción, pero comprendiendo también las otras dos instituciones fundamentales de la llamada "trilogía estructural",¹² es decir, la acción y el proceso, consiste en examinarlas desde los dos ángulos, tanto procesal como constitucional, con el objeto de obtener un criterio común que permita una explicación satisfactoria para los cultivadores de ambas disciplinas.

11) En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción.¹³

12) Este encuentro consciente entre constitucionalistas y procesalistas, además de otros eventos que señalaremos en su oportunidad, se advierte en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, y en el cual se examinó un tema de implicaciones recíprocas intitulado *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, y respecto del cual se sustentaron conclusiones que implican un examen conjunto de las instituciones procesales por los cultivadores de las dos disciplinas jurídicas mencionadas.¹⁴

13) Es importante la conclusión del citado Congreso, respecto del tema que nos ocupa, en cuanto aprobó la siguiente recomendación:

Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar, con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.¹⁵

¹² Denominación utilizada por el procesalista argentino Podetti. J. Ramiro, *Teoría y práctica del proceso civil*, Buenos Aires, 1942, pp. 64-66; Id. "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, Vol. I, Buenos Aires, 1944, pp. 113-170.

¹³ Véase su trabajo citado, *supra*, nota 6.

¹⁴ Estas conclusiones pueden consultarse en el folleto intitulado *Derecho y realidad constitucional en América Latina*, México, 1975, pp. 15-19.

¹⁵ *Op. ult. cit.*, p. 15.

III. *Nacimiento de una nueva disciplina: el derecho constitucional procesal.*

14) De las relaciones que deben ser cada vez más estrechas entre los cultivadores de las disciplinas jurídicas del derecho constitucional y del derecho procesal, ha surgido en los últimos años el planteamiento de problemas que se derivan de la zona fronteriza entre las dos ramas mencionadas, y que al sistematizarse los conceptos, ideas e instituciones surgidas de dos nuevas ramas jurídicas, que no obstante su juventud prometen un firme y constante desarrollo, ya que se relacionan directamente con los fenómenos de carácter socio-político más apremiantes de esta segunda postguerra, especialmente la necesidad de someter a los órganos del poder, cada día más poderosos, a la acción de la justicia, y que hemos tratado de calificar gráficamente como *justificación del poder*,¹⁶ frente a la simple racionalización que señaló Boris Mirkin Guetzevitch después de la primera guerra mundial.¹⁷

15) Es decir, que al lado del venerable Estado de Derecho liberal e individualista, que ya cumplió su misión histórica, ha surgido el *Estado de derecho democrático de carácter social*, como expresamente se establece en el artículo 20, fracción I, de la Constitución de la Federal Alemana,¹⁸ hasta el extremo de que el jurisconsulto alemán Ernst Forsthoff ha podido sostener que sólo como "Estado social", el "Estado de Derecho" tiene un futuro.¹⁹

16) En un análisis reciente y muy agudo del Estado Social de Derecho, realizado por el distinguido constitucionalista y cultivador de la ciencia política, Manuel García Pelayo, se afirma que significa un Estado sujeto a la ley legítimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales con indiferencia a su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede contradecir los preceptos sociales establecidos o reconocidos por la Constitución.²⁰

¹⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 9-10.

¹⁷ *Las nuevas constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, pp. 56-57; Id. *Les nouvelles tendances du roit constitutionnel*, París, 1931, pp. VII-VIII.

¹⁸ Dicho precepto establece: "La República Federal Alemana es un Estado Federal, democrático y social..." Sobre el alcance de este precepto, cfr. Herschel, Wilhelm, "Protezione del lavoro nello Stato di diritto sociale", en *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto del economia, diritto sociales*, Pisa, 1956, pp. 67 y ss; Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho político alemán), 18a., Ed., München, 1971, pp. 68-77.

¹⁹ "Repubblica Federale Tedesca come Stato di Diritto e Stato Sociale", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Milano, julio-septiembre de 1956, p. 592.

²⁰ *El Estado Social y sus implicaciones*, México, 1975, pp. 44-45.

17) Desde un punto de vista de la filosofía política, el Estado social de Derecho también puede caracterizarse como *Estado de Justicia*, en el sentido en que lo entiende Giacomo Perticone, es decir, el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad formal puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en los valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad.²¹

18) Tomando en cuenta las ideas anteriores y en la actualidad en que se encuentran de moda los estudios sobre el lenguaje jurídico, es posible afirmar que ese Estado Social de Derecho, como Estado de Justicia, implica desde el ángulo del ordenamiento constitucional, una doble referencia a las categorías procesales, es decir, por una parte resulta necesario someter a los órganos del poder a la justicia, es decir al proceso, y desde otro ángulo, es preciso otorgar poder a la justicia, es decir, darle efectividad y hacerla accesible a los gobernados, con apoyo en uno de los derechos humanos más importantes de nuestra época, o sea el derecho a la justicia o a la jurisdicción.²²

19) Si pretendemos utilizar los vocablos para un intento de clarificación de las ideas anteriores y sólo con el propósito de otorgarle un carácter gráfico, es posible sostener que tomando en cuenta el primer aspecto, de darle efectividad a las disposiciones constitucionales a través de los instrumentos procesales, se puede hablar de la "justicia constitucional",²³ en tanto que si queremos describir la regulación constitucional de las instituciones procesales, no sería descabellado calificar este fenómeno, como una "constitucionalización de la justicia", y por ello en el primer caso se puede afirmar que su estudio sistemático da lugar a la disciplina que podemos llamar "derecho procesal constitucional", y en el segundo, del "derecho constitucional procesal", sin que pueda considerarse que se trata de un juego de palabras puramente semántico.

20) En efecto, la rama más joven del procesalismo científico es precisamente el *derecho procesal constitucional*, cuya iniciación como ciencia sistemática se atribuye al ilustre Hans Kelsen,²⁴ 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

²¹ "Stato di Diritto e Stato di Giustizia", en *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, Milano, enero-febrero de 1963, p. 129.

²² Cfr. entre otros, Gelsi Bidart, Adolfo, "Proceso y garantía de derechos humanos", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, Madrid, 1971, pp.43-54.

²³ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra* nota 16, pp. 9-18.

²⁴ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, p. 215.

de James y Robert Goldschmidt, se pueden comprender dentro de las normas que calificaron de carácter "justicia formal".²⁵

21) A este respecto debemos 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, que este último desarrolló en forma admirable,²⁶ 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,²⁷ los que fructificaron ampliamente con la creación de la Corte Constitucional austríaca en la Carta Fundamental de 1920, con una repercusión muy amplia en las Leyes Fundamentales de esta Segunda Postguerra, particularmente a través de las Cortes o Tribunales Constitucionales que todavía subsisten en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961); República Federal Socialista de Yugoslavia (1963-1974); y Guatemala (1965) tomando en cuenta, por supuesto, la Corte Constitucional austríaca, restablecida en 1945.²⁸

22) El derecho procesal constitucional como disciplina científica tiene como objeto el estudio de los instrumentos de garantías 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 medios eficaces para imponerse a sus desti-

²⁵ *Derecho judicial material y Derecho judicial material civil*, respectivamente, el primero traducido por Grossman, Catalina, y el segundo redactado directamente en español, publicados ambos en un solo volumen, Buenos Aires, 1959.

²⁶ Cfr. Cappeletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Fix-Zamudio, Héctor y Gómez Lara, Cipriano, México, 1966, pp. 18-33; Hughes, Charles Evans, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Molina Pasquel, Roberto y Herrero, Vicente, 2a. Ed., 1971; Boechat Rodríguez, Leda, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericanos*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965.

²⁷ Cfr. Kelsen, Hans, particularmente en su 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 a l'étranger*, París, 2928, pp. 197-257; publicado posteriormente en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143; trad. española de Tamayo y Salmorán, Rolando, con el título de La garantía jurisdiccional de la Constitución, en *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 471-515.

²⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 68-69; Id. "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección procesal interna de los derechos humanos", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 228-247.

narios, (que generalmente tienen el carácter de autoridades); deben contar con los instrumentos procesales necesarios para obtener su cumplimiento.²⁹

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

24 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 denominación afortunada de *jurisdicción constitucional de la libertad*.³⁰

25 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 como parte orgánica de las Leyes Fundamentales, y que por este motivo podemos denominar como *jurisdicción constitucional orgánica*.

26) Todavía más reciente, es la disciplina que hemos llamado *derecho constitucional procesal*, como aquella rama del derecho constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la Ley Fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales.

27) Si bien es cierto que el propio Couture se ocupó esencialmente de la vinculación de las disposiciones constitucionales con el proceso civil, sus puntos de vista se pueden aplicar perfectamente a las demás ramas del proceso.

28) Para no citar sino un ejemplo, tomado de su estudio, ya clásico, que hemos mencionado con anterioridad, es decir *Las garantías constitucionales del proceso civil*,³¹ son muy importantes sus observaciones en el sentido de que: "De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser

²⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución*, cit., *supra*, nota 16, 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 1969, pp. 108-118.

³⁰ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Fix-Zamudio, Héctor, México, 1961, pp. 1-128.

³¹ *Supra*, nota 5.

fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley”,³² y además, que: “el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución”.³³

29) El pensamiento del insigne jurista uruguayo despertó el interés en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, y por ello este tema se abordó en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en el mes de mayo de 1957 y respecto del cual se aprobaron las siguientes conclusiones:

30) “I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se requiere garantizar, y a la teoría jurídico-política que inspira dicha Constitución”.

31) “II. La ley procesal concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces”.

32) “III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que bajo pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado”.³⁴

33) En las siguientes Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal se debatieron temas relacionados con esta materia, aun cuando no específicamente encuadrados dentro de las “garantías constitucionales” y así en las Segundas que se efectuaron en la ciudad de México, conjuntamente con el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, durante los días 14 a 18 de febrero de 1960, se abordaron aspectos relativos a la “implantación de la carrera judicial” y “situación y perspectiva de la oralidad en América”;³⁵ en las Terceras, realizadas en la ciudad de São Paulo, Brasil, en septiembre de 1962, se discutieron y aprobaron conclusiones, entre otros

³² *Op. ult. cit.*, p. 155.

³³ *Op. cit. cit.*, p. 153.

³⁴ “Resumen General de las Jornadas”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo de 1958, p. 2.

³⁵ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Crónica del Primer Congreso Mexicano y de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 18-19; 21-23.

aspectos, en relación con el “despacho sancador”;³⁶ y en las Cuartas, que tuvieron lugar en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, del 27 de marzo al 2 de abril de 1967, se hizo referencia, entre otras materias, a las relativas al “despacho sancador”, a la “iniciativa probatoria del juez en el proceso civil”, y “El principio de que las partes estén a derecho”.³⁷

34) Especial mención debe hacerse de las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en las ciudades de Bogotá-Cartagena, Colombia, en el mes de junio de 1970, en las cuales se discutieron dos magníficas ponencias redactadas; la primera por los procesalistas uruguayos Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, intitulada “Relación general sobre bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países Latinoamericanos”,³⁸ y la segunda por los argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A. Clariá Olmedo, con la denominación de “Uniformidad Fundamental de la Legislación Procesal Penal de América Latina”.³⁹

35) Con apoyo en las ponencias anteriores, los procesalistas asistentes a estas Jornadas aprobaron conclusiones fundamentales, varias de las cuales se refieren a diversos aspectos de las garantías constitucionales de los procesos civil y penal, y para no citar sino algunas de ellas, mencionaremos la relativa a que los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, otorgándoles oportunidad razonable para defenderse y hacer valer pruebas; que debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes, en todas las actuaciones del proceso; que las leyes procesales penales deben ajustarse real y fielmente a los principios proclamados en 1948 en las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos y en las Constituciones de cada país; que la ley procesal penal debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y el derecho individual a la libertad personal, etcétera.⁴⁰

36) En el derecho continental europeo, también en época reciente, se ha incrementado en forma paulatina el interés de la doctrina y la jurisprudencia por el examen de las garantías constitucionales de carácter pro-

³⁶ Cfr. Gil, Otto, *Introdução a coletanea de estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 9-31.

³⁷ “Crónica de las Cuartas Jornadas”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 321-280.

³⁸ Material publicado en el volumen de ambos autores intitulado *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos* Montevideo, 1974.

³⁹ Ponencia publicada en *Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia*, Medellín, Colombia, septiembre de 1970, pp. 361-387.

⁴⁰ Véase la Crónica de dichas jornadas redactada por Devis Echandía, Hernando, en la *Revista* citada en la nota anterior, pp. 389-398.

cesal, inclusive en el proceso civil, en el cual la vinculación con las disposiciones fundamentales resulta menos evidente que en la materia penal o en la administrativa.

37) Esta situación se observa en especial a partir de esta segunda postguerra y resulta significativo que las Cartas Fundamentales de los dos países en los cuales la ciencia del proceso ha logrado sus máximas aportaciones, hubiesen consagrado de manera expresa los principios esenciales de las "garantías de justicia".

38) Son esenciales las disposiciones contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución republicana italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947, que entró en vigor el primero de enero de 1948, que en su parte relativa disponen:

39) "Artículo 24. Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en todo estado o grado del procedimiento. Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción... Artículo 25. Nadie puede ser sustraído del juez natural preconstituído por la ley...".⁴¹

40) Algunas de las más bellas páginas del ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei, contenidas en su inolvidable libro *Proceso y democracia*, se refieren precisamente a la influencia que los preceptos constitucionales deben tener sobre la democratización del proceso, en virtud de lo dispuesto por el invocado artículo 24 de la Ley Fundamental italiana y en este sentido, afirmó:

"El derecho de acción, o sea el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de "obrar" en sentido abstracto) así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a "todos", o sea, no solamente a los ciudadanos, sino también, en determinadas condiciones, a los extranjeros".

41) Agregó este insigne jurista, con una gran penetración, que constituye un rasgo típico de las más modernas constituciones democráticas esta "constitucionalización de las garantías de igualdad procesal".⁴²

⁴¹ Cfr., entre otros, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto Costituzionale*, X ed., Napoli, 1974, pp. 731-732; Barile, Paolo, *Istituzione di diritto pubblico*, Padova, 1972, pp. 444-445.

⁴² Trad. española de Fix-Zamudio, Héctor, Buenos Aires, 1960, p. 179; nueva edición italiana, "Processo e democrazia", en *Opere Giuridiche*, Vol. I, Napoli, 1965, pp. 691-692.

42) Con posterioridad se han redactado estudios muy importantes sobre esta "constitucionalización" de los principios fundamentales, particularmente referidos al proceso civil italiano, varios de ellos en forma comparativa con el *due process of law* del derecho angloamericano, y en esta dirección podemos señalar las valiosas aportaciones de Mauro Cappeletti,⁴³ Luigi Paolo Camoglio⁴⁴ y Vincenzo Vigoriti.⁴⁵

43) Dentro de la vigorosa doctrina italiana que hemos mencionado se encuentra muy especialmente la excelente y profunda investigación de Nicolo Trockner, intitulada *Processo civile e Costituzione* y que se refiere en forma muy amplia a esta materia en los ordenamientos italianos y alemán, obra que puede considerarse, como un verdadero estudio de derecho constitucional procesal dentro del campo que aborda.⁴⁶

44) En la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania conocida como "Constitución de Bonn", promulgada el 23 de mayo de 1949, se han consignado también varias disposiciones relativas a derechos constitucionales de naturaleza procesal, y entre ellos podemos mencionar los contenidos en los artículos 20, fracción 2a., que otorga independencia a la función judicial; 92 que confía dicha función a los jueces y 97, que garantiza la independencia material y personal de los propios juzgadores.⁴⁷

45) El artículo 101, fracción I, párrafo 2o. de la misma Carta Suprema consagra el derecho fundamental para acudir al "juez natural" o "le-

⁴³ "Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale" (art. 24 Costituzione e "due process of law clause"), en su libro *Proceso e ideologie*, trad. española de Cassinelli Muñoz, Horacio, "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 59, número extraordinario "Homenaje a Quintín Alfonsín", Montevideo, 1971, pp. 151-157; "Le garanzie costituzionali delle parti nel processo civile italiano", en el libro del mismo autor, *Giustizia e società*, Milano, 1972, pp. 339-386; los dos trabajos fueron traducidos al español, el primero de ellos por segunda vez, por Sentís Melendo, Santiago, y están incluidos en el libro *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, 1974, pp. 477-486 y 525-570, respectivamente.

⁴⁴ *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit, *supra*, nota 4.

⁴⁵ "Garanzie costituzionali della difesa del processo civile" (note di giurisprudenza comparata) en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1965, pp. 516-533; Id. *Garanzie Costituzionale del processo civile (Due Process of Law e art. 24 cost.)*, Milano, 1970.

⁴⁶ Milano, 1974.

⁴⁷ Según el citado artículo 20, fracción 2a: "Todo poder estatal emana del pueblo. Este lo ejercerá mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos especiales de legislación, del poder ejecutivo y del *judicial*". En su parte relativa, al artículo 92, dispone: "El poder de administrar justicia está confiado a los jueces". En cuanto al artículo 97, en su fracción 1a., establece: "Los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley".

gal", y el diverso artículo 103, fracción I, consigna expresamente el derecho a la defensa legal.⁴⁸

46) Estos preceptos constitucionales han sido objeto de una elaboración muy amplia de carácter jurisprudencial, en especial por el Tribunal Constitucional Federal, que en varias sentencias ha aplicado las citadas disposiciones fundamentales a diversas ramas procesales, incluyendo al proceso civil.⁴⁹

47) La Constitución de la V República francesa, de 4 de octubre de 1958, no consigna expresamente garantías constitucionales de carácter procesal —aun cuando en el Preámbulo declara su adhesión a los derechos del hombre consignados en la Declaración de 1789⁵⁰— pero la jurisprudencia ha desarrollado un conjunto de principios que estima implícitos en el espíritu de la citada Carta Fundamental.

48) Desde este punto de vista, tanto el Consejo de Estado como la Corte de Casación ha elaborado varios principios generales con valor constitucional,⁵¹ entre los cuales destacan los de igualdad de las partes, la defensa en juicio y las reglas del contradictorio.⁵²

49) Inclusive en una ley constitucional autoritaria como lo era la que se llamó Ley Orgánica del Estado español, promulgada el 10 de enero de 1957, y que esperamos pronto sea sustituida por una verdadera Constitución democrática, en su artículo 30 establecía así fuera formalmente,

⁴⁸ La parte relativa de los mencionados artículos 101 y 103 constitucionales disponen; respectivamente: "No puede instituirse jurisdicción de excepción. Nadie debe sustraerse a su juez legal". "Ante los tribunales, cualquier persona tiene derecho a ser escuchada".

⁴⁹ Cfr. Trockner, Nicolò, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1970, pp. 215-241; Id. *Processo civile e costituzione*, cit., *supra* nota 2; Baur, Fritz, "Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil en République Fédérale d'Allemagne", en el volumen colectivo editado por Mauro Cappelletti y Denis Tallon, con el título *Fundamental Guarantees of the Parties in civil Litigation-Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Proces Civil*, Milano-Dobbs Ferry, New York, 1973, pp. 3-30.

⁵⁰ En la parte relativa del citado preámbulo se establece: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946..."

⁵¹ Para el concepto de principios generales de derecho con fundamento constitucional obtenidos de la Carta Fundamental francesa, cfr. Batailler, Francine, *Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel*, París, 1966, pp. 123-125.

⁵² Cfr. Ricci, Edoardo F., "Garanzie costituzionale del processo civile nel diritto francese" en *Rivista di diritto processuale*, Padova, Abril-Junio de 1968, pp. 232-257; Oppetit, Bruno, *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil en droit français*, en el volumen citado *supra*, nota 49, pp. 481-509.

que; "Todos los españoles tendrán libre acceso a los tribunales. La justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos".⁵³

50) Por otra parte, al ser sustituida una Constitución autoritaria como lo era la portuguesa de 1933, obra de la dictadura salazarista, por la democrática de 2 de abril de 1976, se advierte una vigorización de las garantías constitucionales de carácter procesal.⁵⁴

51) Respecto a otros países europeos, también podemos señalar estudios sobre la materia respecto de Austria,⁵⁵ Dinamarca⁵⁶ y Suiza.⁵⁷

52) En cuanto al extraordinario desarrollo de las disposiciones constitucionales de carácter procesal en los ordenamientos jurídicos angloamericanos, la bibliografía es muy abundante, pero sin que los tratadistas del *common law* hubiesen intentado una sistematización similar a la de sus colegas del Continente, aun cuando existen algunos estudios ya orientados en esta dirección por lo que se refiere a los Estados Unidos,⁵⁸ Canadá⁵⁹ e Inglaterra.⁶⁰

53) Aun cuando en América Latina se inicia apenas el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo encaminado al fortalecimiento de las disposiciones constitucionales de carácter procesal, podemos señalar algunos esfuerzos por sistematizar los conceptos e instituciones del derecho constitucional procesal, al menos por lo que se refiere al proceso civil,⁶¹ y

⁵³ Cfr. Almagro Nosete, José, "El libre acceso como derecho a la jurisdicción", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, 1970.

⁵⁴ Gutiérrez Alvis y Armario, Faustino, "La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*; Madrid, 1976, pp. 547-581.

⁵⁵ Cfr. Schima, Hans, *Les garanties fondamentales dans le procès civil en Autriche*, en el volumen cit., *supra*, nota 69, pp. 175-187.

⁵⁶ Cfr. Lando, Ole y Thuesen, Elisabeth, *Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil danois*, en la obra mencionada, nota anterior, pp. 335-353.

⁵⁷ Cfr. Troller, Alois, *L'influence de la Constitution Fédéral de la Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux en matière de la procédure civile*, en la misma obra citada en las notas anteriores, pp. 623-638.

⁵⁸ Cfr. Smit, Hans, *Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America*, en la referida obra mencionada en notas anteriores, pp. 417-479.

⁵⁹ Cfr. Watson, Garry D., *Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings in Canada*, misma obra, pp. 189-243.

⁶⁰ Cfr. Jolowicz, J. A., *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, en obra citada, pp. 121-173; Varano, Vincenzo *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra Moderna*, Milano, 1973.

⁶¹ Cfr. Vescovi, Enrique y Vaz Ferreira, Eduardo, *Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine*; Fix-Zamudio, Héctor, *Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine* en la obra mencionada en las notas anteriores, pp. 101-120 y 33-99, respectivamente; del último autor, también, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit., *supra*, nota 10.

también en una época muy reciente se ha hecho el intento de realizar una labor semejante respecto de los países socialistas,⁶² el Japón⁶³ y Senegal.⁶⁴

54) Un paso esencial en el desarrollo de la disciplina se debe al Coloquio que sobre el tema "Garantías Constitucionales de las partes en el Proceso Civil", se efectuó en la ciudad de Florencia, Italia, durante los días 5 y 9 de septiembre de 1971, bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia. En este Coloquio se presentaron dieciséis informes de carácter nacional y regional, que abordaron esta importante materia desde el punto de vista del derecho interno de numerosos países, pero también del derecho internacional y del derecho comparado; dando lugar a una publicación que debe considerarse de consulta obligatoria para todos aquellos que pretenden conocer la disciplina jurídica a que nos hemos referido, así sea en uno de sus aspectos;⁶⁵ destacando el magnífico informe general del profesor Mauro Cappelletti, quien traza un panorama muy completo, que resulta indispensable consultar.⁶⁶

55) De la breve revista anterior, podemos llegar a la convicción de que ya se han establecido las bases firmes para el establecimiento de la rama jurídica de confluencia que hemos llamado derecho constitucional procesal; y por otra parte, así como se ha afirmado, acertadamente, que Hans Kelsen es el fundador del derecho procesal constitucional, también disciplina de frontera, según lo hemos señalado, nos atrevemos a sostener sin incurrir en exageración, que el notable jurista uruguayo Eduardo J. Couture, debe estimarse como el iniciador de los estudios sistemáticos, que con el tiempo han dado lugar a la primera de las ramas jurídicas que hemos indicado.

IV. Sectores que la integran

56) Como se trata de una de las ramas más jóvenes del enorme campo de las ciencias jurídicas, existe todavía imprecisión para determinar el territorio que abarca, con mayor razón en cuanto se trata de una

⁶² Cfr. Stalev, Zhivko, *Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People's Democracies*, y Zivs, S. L., y Melnikov, A. A., *The Legal Status of Parties in Soviet Civil Procedure: Rights, Duties and Guarantees*, en la misma obra, pp. 355-416; y 639-658, respectivamente.

⁶³ Cfr. Taniguchi, Yasuhei, *Constitutional Guarantees in the Civil Procedure of Japan*, en la obra tantas veces mencionada, pp. 567-593.

⁶⁴ Cfr. M'Baye, Kéba, *Les garanties Fondamentales des Parties dans le procès civil au Sénégal*, en al obra referida, pp. 495-622.

⁶⁵ Ver *supra*, nota 49.

⁶⁶ *Fundamental Guarantees of the parties in Civil Proceedings (General Report)*, en la obra mencionada última nota, pp. 661-773.

disciplina de frontera o de confluencia, como reiteradamente lo hemos señalado y por lo mismo varias de sus instituciones penetran tanto en el derecho constitucional como en el procesal, y sólo por las exigencias de una verdadera sistematización nos vemos obligados, como ocurre con todo el ordenamiento jurídico, de aislar artificialmente algunos de sus sectores, para poder lograr un conocimiento más profundo.

57) No se ha intentado, que sepamos, esta labor de delimitación de un territorio tan impreciso, pero de los numerosos estudios que se han hecho sobre las disposiciones constitucionales de carácter procesal, podemos desprender que esencialmente existen dos sectores esenciales, que después podrán admitir subdivisiones, y que podemos calificar, como lo hace el procesalista español Faustino Gutiérrez Alviz en su estudio sobre el derecho constitucional de justicia en la Carta Portuguesa de 1976,⁶⁷ como *garantías constitucionales en relación con la organización jurisdiccional y garantías constitucionales en relación con los justiciables*.⁶⁸

58) En efecto, en el primer gran sector, es decir el de las garantías constitucionales de la organización jurisdiccional, y que también podemos calificar como *Garantías judiciales*⁶⁹ o *garantías constitucionales de la jurisdicción*,⁷⁰ quedan comprendidos los conceptos e instituciones establecidos en la Constitución y que tienen por objeto otorgar eficacia a la función jurisdiccional, confiriendo a los tribunales carácter independiente e imparcial.

59) En la segunda división de nuestra materia podemos situar los *derechos constitucionales de los justiciables* o de las partes, entendidos como los derechos fundamentales de los gobernados para lograr la prestación jurisdiccional de manera oportuna, eficiente y en condiciones de verdadera igualdad, y que esencialmente, se refieren a los derechos de acción y de defensa, en todos sus aspectos.⁷¹

60) Como una derivación del segundo sector, es posible encontrar un tercero, que se refiere a los lineamientos esenciales del procedimiento, es decir, a las *garantías constitucionales del proceso*, relativas a las formas a través de las cuales deben desarrollarse los actos procesales de acuerdo con las disposiciones de la Carta Fundamental.

⁶⁷ Ver *supra*, nota 54.

⁶⁸ *Op. ult. cit.*, pp. 562-575, aun cuando respecto a los justiciables sólo quedan comprendidas en nuestra disciplina las que llama "garantías de carácter procesal". pp. 571-573, ya que las restantes son de carácter sustantivo.

⁶⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra* nota 10, pp. 37-53.

⁷⁰ Esta denominación corresponde a Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales*, cit., *supra* nota 5, pp. 204-210.

⁷¹ Cfr. Couture, Eduardo., *op. ult. cit.*, pp. 160-183.

61) Esta última parte puede comprenderse bajo la denominación de "debido proceso", como lo consideró agudamente el ilustre procesalista uruguayo,⁷² de acuerdo con la tradición angloamericana del *due process of law*, la que posee una variedad de significados, entre ellos, el relativo a los requisitos constitucionales del procedimiento.⁷³

62) En el derecho constitucional mexicano este aspecto de la disciplina que estudiamos, estaría representado por las llamadas *formalidades esenciales del procedimiento, de acuerdo con la parte relativa del artículo 14 de la Constitución Federal*.⁷⁴

63) Es claro que las garantías constitucionales del procedimiento o del debido proceso, están estrechamente vinculadas con los derechos de los justiciables, ya que la finalidad inmediata de las formas exigidas por las disposiciones constitucionales para el desarrollo del proceso, es la de establecer las condiciones para que los propios justiciables puedan lograr, de manera adecuada, la prestación jurisdiccional, y por este motivo, es difícil separar los dos aspectos a los que nos estamos refiriendo y si en ocasiones se estudian de manera independiente, esta división tiene por objeto lograr un conocimiento más profundo de tales instituciones.

64) De lo anterior se desprende que la trilogía estructural de la ciencia del derecho procesal, que comprende las categorías básicas de la jurisdicción, acción y proceso, influye en el examen de las normas constitucionales de carácter procesal, lo que por otra parte resulta explicable, de tal manera que, en principio, es posible sistematizar tales disposiciones en tres sectores, aun cuando, los dos últimos, es decir, los referidos a la acción y al proceso, sean más difíciles de separar, por encontrarse recíprocamente implicados dentro del derecho fundamental de los justiciables a la prestación jurisdiccional.

⁷² Cfr. Couture, Eduardo J., *op. ult. cit.*, pp. 183-191.

⁷³ Sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte y los tribunales federales de los Estados Unidos, sobre el *debido proceso legal*, cfr. la obra *La Constitución de los Estados Unidos anotada con la jurisprudencia*, trad. española de la edición oficial de 1938, Buenos Aires, 1949, tomo II, pp. 57-92 (enmienda V); 205-407 (enmienda XIV).

⁷⁴ El segundo párrafo del mencionado artículo 14 constitucional dispone: "...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las *formalidades esenciales del procedimiento* y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..." cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 10a. Ed., México, 1977, pp. 560-682; Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit. *supra*, nota 10, pp. 77-78 Franco Serrato, José. "Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Núm. 4, México, julio de 1972, pp. 138-139

V. *La jurisdicción como función esencial del Estado moderno. Las garantías judiciales*

65) No pretendemos en un breve estudio, como el presente, obtener 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, lo que demuestra con claridad el reciente y penetrante estudio del distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁷⁵

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

67) Esta función jurisdiccional es una de las atribuciones esenciales 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 y variables de las comunidades actuales, con lo cual la estructura, la competencia y el funcionamiento de los organismos judiciales se han complicado en forma considerable.⁷⁶

68) La unidad de jurisdicción constituyó el ideal de los revolucionarios franceses frente a la pluralidad de fueros y privilegios procesales de carácter feudal,⁷⁷ 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.⁷⁸ 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.

69) 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 especia-

⁷⁵ *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en su obra cit. *supra*, nota 2, tomo I, pp. 29-60. Véase también el interesante análisis de la jurisdicción en la obra de Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, pp. 15-112.

⁷⁶ Cfr. Boffi Boggero, Luis M., "Función trascendente del poder judicial y la actualidad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 17 de junio de 1963, pp. 1-5.

⁷⁷ Cfr. Ricci, Edoardo F., *Garanzie costituzionale del processo nel diritto francese*, cit., *supra*, nota 52, pp. 233 y ss.

⁷⁸ Cfr. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, Tomo I, 2a. Ed., Madrid, 1964, pp. 364-366.

lizados en materia laboral, familiar, constitucional, agraria, etcétera, inclusive en los países angloamericanos, que durante tanto tiempo mantuvieron la unidad de la jurisdicción.⁷⁹

70) Lo anterior resulta todavía más complicado si se toma en cuenta que en algunos países, como ocurre en la República Federal de Alemania, los organismos judiciales especializados culminan en tribunales supremos independientes para cada materia (civil y penal, administrativa, financiera, laboral, social y constitucional);⁸⁰ en otros se sigue el ejemplo francés de la justicia administrativa como dependiente desde el punto de vista formal, del ejecutivo;⁸¹ en varios ordenamientos los organismos judiciales laborales o los órganos procesales de la seguridad social también pertenecen a la administración;⁸² y algo similar ocurre con algunos organismos de justicia agraria.⁸³

71) 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 consagran el *impeachment*, como en varios países latinoamericanos que han seguido su ejemplo.⁸⁴

72) 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 todo su artículo tercero, que es bastante amplio, al poder judicial federal;⁸⁵ y la Carta Suprema de la República Popular China, expedida el 17 de enero de

⁷⁹ Cfr. Abraham, Henry J., *The judicial Process*, 2a. Ed., New York, 1968, pp. 138-244.

⁸⁰ Cfr. Maunz, Theodor, *Deutsches Staatsrecht*, cit. *supra*, nota 18, pp. 272-302; Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Romera Vera, Angela, Buenos Aires, 1955, tomo I, pp. 50-91.

⁸¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, cit. *supra*, nota 28, pp. 224-225.

⁸² Cfr. Guerrero, Euquerio, *Manual de derecho de trabajo*, 6a. Ed., México, 1973, pp. 367-390.

⁸³ Cfr. Germanò, Alberto, *Il processo agrario. Studio comparativo sul diritto europeo occidentale*, Milano, 1973, pp. 121-148 Marsrevery, J., *Derecho agrario y justicia agraria*, Roma, Marzo de 1974, pp. 35-66.

⁸⁴ Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Tomo III, Buenos Aires, 1963, pp. 470-490.

⁸⁵ Cfr. entre muchos otros, Corwin, Edward S., *The Constitution and what it means today*, 13a. Ed., New York, 1964, pp. 132-138; Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, Vol. I, trad. de Olloqui Labastida, José Juan, México, 1966, pp. 419-614.

1975, y que es sin duda la más esquemática de nuestra época, es decir, prácticamente una declaración de principios, consagra en su artículo 25, los lineamientos de los tribunales populares en sus diversos grados y jerarquías.⁸⁶

73) Ya se ha dicho que las Constituciones modernas regulan la función jurisdiccional, estableciendo varias instituciones para lograr la correcta impartición de justicia, lo que se traduce en las garantías constitucionales de carácter judicial o de la jurisdicción, y que de acuerdo con el penetrante pensamiento de Eduardo J. Couture, se pueden agrupar en tres sectores: a) garantía de independencia b) garantía de autoridad; y c) garantía de responsabilidad.⁸⁷

74) Por nuestra parte, tomando en cuenta estas ideas del insigne procesalista uruguayo, hemos intentado también una división de las disposiciones constitucionales que regulan la función jurisdiccional, en cuatro sectores relativos a la *designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad* de los jueces, y que se traducen en la imparcialidad y la independencia de los tribunales.⁸⁸

75) Si bien a primera vista estas garantías judiciales parecen favorecer en forma directa al juzgador, de manera mediata redundan también en provecho y beneficio de los justiciables, ya que uno de los aspectos más importantes para obtener la resolución justa de las controversias sometidas a los tribunales, descansa en la verdadera autonomía de los órganos que deciden tales controversias.

76) Como nuestro propósito no es examinar en detalle las disposiciones constitucionales de referencia, nos limitaremos a describir brevemente y en forma abstracta, los aspectos esenciales de las garantías de la jurisdicción:

77 a) En primer lugar, resulta muy importante el sistema de *designación* de los jueces, ya que del criterio que se adopte para su nombramiento, dependerán no sólo la independencia sino también la capacidad, honorabilidad y dignidad de los propios jueces. En este sentido se está abriendo paso la necesidad de establecer instrumentos adecuados para la preparación profesional de los aspirantes de la judicatura, y en varios

⁸⁶ 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".

⁸⁷ *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 205-210.

⁸⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 37-53.

ordenamientos existen escuelas judiciales para impartir conocimientos especializados a los egresados de las escuelas de Derecho que tengan interés en ingresar a la carretera judicial.⁸⁹

78 b) No se puede lograr la autonomía de los jueces si no se garantiza la *estabilidad* en sus funciones, ya que si dependen de las variaciones políticas de los otros organismos del poder, especialmente del ejecutivo, la inseguridad debilitará inevitablemente la independencia de los propios jueces ante el riesgo de perder sus cargos en cualquier momento si su actitud desagrada a los grupos políticos en el poder. Un instrumento que se está imponiendo, al menos en ciertos niveles de la judicatura, es la llamada *inamovilidad*, la que significa que una vez que el juez es designado de manera definitiva, no puede ser separado de su cargo hasta la edad de retiro, a veces de por vida, sino a través de un procedimiento especial, y mientras observe buena conducta.⁹⁰

79 c) No es necesario recalcar que si bien existen jueces heroicos, no se puede lograr su verdadera independencia, cuando la *remuneración* de los juzgadores es tan escasa o variable, que en el mejor de los casos los obligue a realizar otras actividades remuneradas para poder subsistir, con descuido de las de carácter jurisdiccional, y en casos extremos, los lleve a cometer faltas de probidad. Por ello, frente a la prohibición de realizar actividades públicas o profesionales, la tendencia es dotar a los jueces de una remuneración decorosa, la que no puede ser disminuida durante su encargo, de acuerdo con un principio angloamericano que tiene su consagración en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, artículo 3o. sección I.⁹¹

80) El aspecto económico de la función jurisdiccional ha evolucionado más allá de los lineamientos anteriores, y se empieza a abrir paso en varias Leyes Fundamentales el principio de la autonomía financiera del organismo judicial, con el objeto de que su presupuesto no dependa de la voluntad de los otros órganos del poder, y en este sentido, para dar un ejemplo dentro de los ordenamientos fundamentales latinoame-

⁸⁹ Precisamente por la trascendencia de esta materia, uno de los temas que se discutió en el Congreso Internacional de Derecho Procesal que se efectuó en la ciudad de Gante, Bélgica, durante los días 28 de agosto al 4 de septiembre de 1977, se refiere a la "Preparación, selección y nombramiento de los jueces".

⁹⁰ Sobre el alcance y orígenes del principio de *good behavior* de los jueces federales en los Estados Unidos, y particularmente de los magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Cfr. Evans Hugher, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Molina Pasquel, Roberto, y Herrero, Vicente, 2a. Ed., México, 1971, pp. 38-40.

⁹¹ Sobre la disposición relativa de la Constitución de los Estados Unidos, cfr. Schwartz, Bernard, *Los poderes del Gobierno cit., supra*, nota 85, Vol. I., pp. 439-440.

ricanos, es posible señalar el caso de Costa Rica, cuyo artículo 177 constitucional asigna al poder judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, señalados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico.⁹²

81 d) Finalmente, para conservar la autonomía, decoro y dignidad de los jueces y especialmente, de los organismos de los cuales forman parte, resulta indispensable un sistema adecuado de *responsabilidad judicial*, que opere en una doble dirección: en un sentido impidiendo que los jueces puedan ser enjuiciados sin que previamente se cumplan requisitos de procedibilidad que los pongan a salvo de las presiones de los restantes órganos del poder, y por otra parte, la contrapartida de un procedimiento eficaz para exigir responsabilidad oficial, tanto administrativa como penal y civil, en que incurran los jueces, cuando infrinjan las disposiciones legales en que apoya su actuación.

82) En esta dirección podemos citar las bellas palabras de Eduardo J. Couture, en cuanto sostuvo que: "Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituyen la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces".⁹³

VI. *El proceso y la tutela de los derechos humanos. Las garantías de los justiciables*

83) Fue el mismo Eduardo J. Couture, el que señaló la estrecha vinculación del proceso para la tutela directa de ciertos derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, en especial todos aquellos relacionados con el derecho fundamental de todo gobernado a la prestación jurisdiccional, es decir, en esencia el derecho de defensa en juicio, y que según el inolvidable procesalista uruguayo, se refería a los derechos fundamentales de acción y de excepción.⁹⁴

84) Sin embargo, debido a que como lo hemos repetido en varias ocasiones, nos encontramos en una zona de confluencia entre dos disciplinas, el proceso como instrumento de tutela de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, asume una doble dimensión, la cual ya ha sido advertida por un sector de la doctrina, y podemos señalar como ejemplo lo expuesto por el destacado procesalista uruguayo Adolfo Gelsi Bidart, quien distingue hasta tres sectores, o sea a) el

⁹² Cfr. Rojas Rodríguez, Rafael Ángel, *La independencia financiera del poder judicial*, tesis de grado, San José, Costa Rica, 1974, pp. 151-163.

⁹³ *Las garantías constitucionales*, cit. *supra*, nota 5, p. 210.

⁹⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 173-183.

proceso como garantía individual adicional; b) garantía procesal de derechos individuales; y c) garantía a derechos individuales.⁹⁵

85) Por el contrario, la dificultad de deslindar los campos en un territorio tan sinuoso, determina que algunos autores, cuando se refieren concretamente a las garantías constitucionales de carácter procesal, incluyen algunos derechos de carácter sustantivo, que si bien pueden tener una relación indirecta con los instrumentos procesales, no pueden considerarse dentro del sector que estamos examinando.⁹⁶

86) Tenemos el convencimiento que es necesario un intento, así sea preliminar, para realizar un deslinde de las diversas funciones del proceso como instrumento tutelar de los derechos humanos, y para ello, es preciso formular las siguientes aclaraciones:⁹⁷

87) A) Desde un primer ángulo, que es el más conocido y analizado, se puede haber del proceso ordinario como *instrumento indirecto o adicional*, ésto último en la terminología de Gelsi Bidart,⁹⁸ de la protección de los derechos humanos, es decir, nos referimos a la posibilidad de que el mismo proceso sea el medio en el que pueda plantearse la tutela de una gran parte de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en su aspecto individual como social,⁹⁹ y en esta dirección podemos señalar varias hipótesis:

87 a) En un primer término son varias las legislaciones que exigen el agotamiento de los medios de impugnación de carácter judicial, salvo casos de excepción, para poder interponer los instrumentos específicos de protección de los derechos humanos, como ocurre con los recursos constitucionales en Suiza y en la República Federal de Alemania.¹⁰⁰

89 b) En numerosos ordenamientos, el proceso ordinario es el medio a través del cual se puede plantear de manera incidental la cuestión de inconstitucionalidad, cuando se considera que la ley aplicable en ese proceso es contraria a la Ley Suprema, lo que puede ocurrir en el su-

⁹⁵ *Proceso y garantía de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 22, pp. 27-28.

⁹⁶ Así, Franco Serrato, José, *Principios y garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 74, pp. 126-128; 133-135, incluye dentro de las garantías procesales, al derecho de libre tránsito y a la prohibición de retroactividad de la ley.

⁹⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales*, en la obra colectiva "Miscellanca W. S. Ganshof van der Meersch", Bruxelles, París, 1972, pp. 121-126.

⁹⁸ *Ver supra*, nota 95.

⁹⁹ Cfr. Betterman, Karl August, *Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit*, (La protección de los derechos humanos en la jurisdicción ordinaria), en la obra "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte" (Los derechos fundamentales. Teoría y práctica de los derechos fundamentales), tomo II, Vol. 2. Berlín, 1959, pp. 7-79.

¹⁰⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit. *supra*, nota 30, pp. 25, 36, 76-77.

puesto de que el mismo ordenamiento aplicable se estime violatorio de los derechos del hombre, como sucede tratándose de la revisión judicial del derecho angloamericano, en el cual se requiere como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado.¹⁰¹

90 c) Inclusive en los países que siguiendo el modelo austríaco han establecido tribunales constitucionales específicos, el mismo proceso ordinario configura uno de los medios para plantear la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales, según lo podemos señalar con la llamada Richter klage (instancia judicial) en los derechos austríaco¹⁰² y federal alemán,¹⁰³ según la cual, cuando los jueces de cualquier categoría o bien sólo los de los Tribunales Supremos —esto último en Austria— estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al Tribunal o Corte Constitucional respectivos, para que decida sobre esta cuestión de contradicción con la Ley Fundamental.

91 d) En Italia, con excepción de la reclamación directa por la República o por las Regiones Autónomas, sobre la inconstitucionalidad de los ordenamientos respectivos,¹⁰⁴ sólo en un proceso concreto y a través de la cuestión prejudicial,¹⁰⁵ es posible plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso y es en esta dirección en la que el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei afirmaba que el juez ordinario es el único que puede abrir la puerta a la competencia de la Corte Constitucional italiana,¹⁰⁶ ya que además, no existe en el ordenamiento italiano un instrumento específico para impugnar de manera directa las violaciones de los derechos humanos.¹⁰⁷

¹⁰¹ Cfr. McWhinney, Edward, "Constitutional Review in the Commonwealth", en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart*, (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Köln-Berlin, 1962, pp. 82-85.

¹⁰² Cfr. Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit. *supra*, nota 26, pp. 56-58.

¹⁰³ Cfr. Friesenhahn, Ernst, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* (La jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana), en volumen cit. *supra*, nota 101, pp. 136-139.

¹⁰⁴ Cfr. Cappelletti, Mauro, "La justicia constitucional en Italia, trad. de Fix-Zamudio, Héctor, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Núm. 27, enero-abril de 1960.

¹⁰⁵ Cfr. Abbamonte, Giuseppe, *Il processo costituzionale italiano. I. Il sindacato incidentale*, Napoli, 1957, pp. 25 y ss. Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1967, pp. 44 y ss.

¹⁰⁶ "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", y "Corte constitucional y autoridad judicial", ambos trabajos publicados en el volumen *Estudios sobre el proceso civil* trad. de Senties Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1962, pp. 66-68; 137-141, respectivamente.

¹⁰⁷ Cfr. Calamandrei, Piero, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, cit. nota anterior, pp. 124-126.

92 e) Finalmente, el juez ordinario, por conducto de un proceso concreto, al aplicar las disposiciones legales secundarias, debe interpretar dichas normas de acuerdo con los textos y principios constitucionales, por medio de lo que la doctrina ha calificado como “control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial”, lo que significa que en un proceso ordinario el juez posee la facultad indirecta —ya sea que se encuentre o no facultado para desaplicar las disposiciones que considere contrarias a la Constitución— de adecuar los preceptos legales secundarios a los de carácter constitucional que consagran los derechos del hombre,¹⁰⁸ lo que no constituye una simple posibilidad teórica, sino que ha producido resultados apreciables en la práctica.¹⁰⁹

93 B) La segunda perspectiva en la examinada por procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien contempla como garantías esenciales de los justiciables a la acción y a la excepción considerados como derechos subjetivos de carácter constitucional, a través de los cuales, la primera se considera como un poder jurídico procesal de acudir ante la jurisdicción y la segunda el poder de pedir la libertad amenazada por la acción.¹¹⁰

94) En esencia, estamos de acuerdo con el pensamiento del insigne jurista uruguayo, pero el planteamiento resulta más complicado de lo que aparece en primera vista, en cuanto se ha puesto de relieve de que la acción no sólo corresponde al actor, sino también a su contraparte, en cuanto asume un carácter bilateral,¹¹¹ y por la otra, son discutibles los criterios tradicionales para diferenciar a la defensa de las excepciones,¹¹² con independencia de que, precisamente debido al carácter bilateral de la acción, puede ocurrir que la parte que inició con sus pretensiones la actividad jurisdiccional, asuma un carácter defensivo en otra instancia del mismo proceso y a la inversa, de manera que en nuestro concepto, más que hablar de excepción como el derecho, poder o posibilidad contraria a la acción, según se desprende de las ideas de Couture, consideramos más adecuado estimar que la acción y la defensa, son insepa-

¹⁰⁸ Cfr. Linares, Juan Francisco, “Control de constitucionalidad mediante interpretación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

¹⁰⁹ Cfr. Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentali*, tomo I, Torino, 1970, pp. 26 y ss; Lewan, Kenneth M., “The Significance of Constitutional Rights for Private Law; Theory and Practice in West Germany”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, London, Julio de 1968, pp. 671-601.

¹¹⁰ *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 158-183.

¹¹¹ Sobre la bilateralidad de la acción, cfr. especialmente a Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción*, cit., *supra*, nota 7, pp. 356-357.

¹¹² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 59-61.

rables como aspectos de un mismo derecho constitucional y que se complementan de manera recíproca.

95) En efecto, el derecho constitucional de acción se otorga a todo justiciable tanto para iniciar como continuar el proceso hasta sus últimas etapas —incluyendo la ejecución¹¹³— por lo que posee carácter bilateral y corresponde a las dos partes, en tanto que el derecho constitucional de defensa que también se atribuye a todo justiciable, comparte la bilateralidad de la acción, pero la complementa, ya que impide que los propios justiciables sean afectados en sus cargas y expectativas procesales, dándoles oportunidad de participar en forma razonable y equilibrada para exigir al juzgador la realización de los actos necesarios dirigidos a la afirmación y demostración de sus respectivas pretensiones, por lo que se encuentra vinculado con el llamado “derecho o garantía de audiencia”.¹¹⁴

96) De estos dos aspectos esenciales representados por el derecho de acción y el de defensa, derivan una serie de instrumentos secundarios, pero también importantes, como son los relativos a la igualdad procesal de las partes; la posibilidad de presentar y desahogar los medios de prueba; de interponer recursos de exigir la ejecución de la sentencia, etcétera, que corresponden al carácter dinámico de los dos derechos o garantías constitucionales que hemos mencionado.¹¹⁵

97) También habíamos hecho referencia como un posible sector autónomo desde un punto exclusivamente lógico, el relativo a los actos procesales o como se han calificado en el derecho mexicano, “las formalidades esenciales del procedimiento”, que corresponden al examen del proceso en su aspecto formal de procedimiento,¹¹⁶ ya que los otros sectores se refieren a la vinculación de la jurisdicción y de la acción con las disposiciones constitucionales, pero en el fondo, la regulación de los actos procesales por las normas fundamentales de la Constitución, está estrechamente vinculada a los derechos de los justiciables, ya que las

¹¹³ La acción además de bilateral es dinámica, es decir, su ejercicio se prolonga durante todo el proceso, ya que como lo afirma con gran penetración Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción*, cit., *supra* nota 7, pp. 359, “La acción no es un empujón que se le de a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamiento de fondo)...”

¹¹⁴ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, p. 61.

¹¹⁵ En cierta manera es el punto de vista seguido por Franco Serrato, José, *Principios y garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 74, pp. 134-136.

¹¹⁶ Sobre las formalidades esenciales del procedimiento, ver *supra*, nota 74.

formalidades esenciales del procedimiento se establecen precisamente en beneficio de las partes,¹¹⁷ y por ello es que los juristas angloamericanos agrupan las garantías constitucionales de los justiciables y de los actos procesales, dentro del concepto más amplio del “debido proceso legal”, como el mismo Couture lo puso de relieve.¹¹⁸

VII. *El acceso a la jurisdicción*

98) El principio de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,¹¹⁹ ha tenido repercusión en el ámbito procesal en varias direcciones, y una de las más importantes es el llamado principio dialéctico del proceso o “contradictorio”, el que significa que todo procedimiento jurisdiccional requiere de la intervención equilibrada de las dos partes esenciales que poseen intereses contrapuestos, y que se condensa en la frase: *audiatur et altera pars*, con una influencia decisiva en el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de acción y de

99) Pero esta exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas, se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica, y en este sentido podríamos parafrasear nuevamente a Calamandrei, como lo hicimos anteriormente, hablando también de la “relatividad del contradictorio”.

100) En efecto, la igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, en el cual se advierte muy claramente el carácter formal del contradictorio, justificando las críticas formuladas y que todavía se expresan, por parte de los procesalistas del campo socialista,¹²⁰

101) Sin embargo, el movimiento socializador del derecho que se exterioriza en la primera postguerra y que se ha acentuado en esta segun-

¹¹⁷ Sobre la distinción entre proceso y procedimiento, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, pp. 115-120.

¹¹⁸ Cfr. Couture, Eduardo J., *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 183-191.

¹¹⁹ De acuerdo con el artículo primero de la citada Declaración de 1789; “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común”. Sobre el concepto de igualdad. Cfr. el libro fundamental de Tawney, R. H., *La igualdad*, trad. de Giner de los Ríos, Francisco, México, 1945, pp. 19-63.

¹²⁰ Cfr. Gurvitch, M. A., y otros, *Derecho procesal civil soviético*, trad. de Lubán, Miguel, México, 1971, pp. 7-27.

da, más atormentada y convulsionada,¹²¹ penetra en el proceso para lograr lo que la exquisita sensibilidad del insigne jurista florentino antes mencionado, calificaba como "nuevo significado del principio de igualdad de las partes".¹²²

102) Es cierto que esta nueva orientación se encuentra en su fase inicial, particularmente por lo que se refiere al derecho procesal civil en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos, los que con algunas excepciones recientes, siguen el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855-1881, de espíritu individualista y liberal,¹²³ pero el movimiento renovador se observa en otras ramas procesales, particularmente el derecho procesal del trabajo, que otorga al trabajador ciertos privilegios procesales que se traducen en lo que el mismo Eduardo J. Couture calificó de igualdad por compensación,¹²⁴ y que posteriormente ha trascendido a otras disciplinas que integran el sector que se ha denominado "derecho procesal social",¹²⁵ disciplina, que, además del referido derecho procesal laboral, comprende en la actualidad al derecho procesal agrario¹²⁶ y el derecho procesal de la seguridad social.

103) En México se observa claramente este movimiento renovador, si tomamos en cuenta que nuestros códigos procesales civiles, tanto el federal como el del Distrito Federal y los de las entidades federativas, que en términos generales, y con algunas variantes siguen en su mayor parte al distrital,¹²⁷ y todos ellos se inspiran, por tanto, en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, su orientación es claramente individualista: sin embargo en la Ley Federal del Trabajo de 1931 y en particular en la

¹²¹ Para la distinción entre socialización del derecho y derecho social, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social", en el volumen colectivo, *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 502-510; publicado también en *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, Madrid, 1966, pp. 389-418.

¹²² *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Sentís Melendo, Santiago, tomo I, Buenos Aires, -962, pp. 417-421.

¹²³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra* nota 10, pp. 63-64.

¹²⁴ Cfr. Couture, Eduardo J. "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal en el trabajo", en *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I, Buenos Aires, 1948, pp. 271 y ss.

¹²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, cit., *supra* nota 121, pp. 511 y ss.

¹²⁶ Sobre el derecho procesal agrario como parte del derecho procesal social, cfr. en especial, Germanò, Alberto, "Il nuovo processo agrario", en *Rivista di diritto processuale*, Milano, octubre-diciembre de 1965, pp. 532-534. Fix-Zamudio, Héctor "Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 897-908.

¹²⁷ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Síntesis del derecho procesal*, México, 1966, pp. 23 y ss.

vigente de 1970, se siguen las orientaciones de los privilegios procesales en beneficio del trabajador, para lograr la igualdad por compensación.¹²⁸

104) Además se observa esta evolución en la materia procesal agraria, si bien no en cuanto a los procedimientos ante las autoridades administrativas agrarias, en los cuales existe una falta de precisión¹²⁹ pero sí claramente en cuanto al juicio de amparo cuando es interpuesto por las comunidades agrarias o sus integrantes, es decir ejidatarios o comuneros, todos ellos sujetos al régimen de la reforma agraria, ya que a partir de la reforma legislativa de 1963, se otorgan a los citados campesinos numerosos privilegios procesales para lograr un equilibrio respecto de las autoridades agrarias y los propietarios de precios agrícolas,¹³⁰ todo lo cual desembocó en la reforma legislativa de 28 de mayo de 1976, que dividió la Ley de Amparo en dos libros, modificando la anterior estructura unitaria, uno relativo al amparo en general y el segundo libro dedicado al amparo en materia agraria.

105) También se advierte en el proceso penal este propósito de lograr un verdadero equilibrio, y por tanto, la igualdad efectiva de las partes, ya que en dicho proceso se otorgan privilegios procesales al acusado, para vigorizar su posición frente al ministerio público, el cual, como acusador, posee en principio, y en su calidad de funcionario público, una situación de preeminencia; todo lo cual está comprendido en el principio *in dubio pro reo*.¹³¹

106) 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 y otros países en vías de desarrollo, puedan lograr la prestación jurisdiccional en condiciones de igualdad y equilibrio.

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

¹²⁸ Cfr. Trueba Urbina, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 3a. Ed., México, 1975; De Pina, Rafael, *Curso de Derecho Procesal del Trabajo*, México 1952; Valenzuela, Arturo, *Derecho Procesal del Trabajo*, Puebla, 1950; Kurczyn, Patricia, "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.

¹²⁹ Cfr. Chávez Padrón, Martha, *El proceso social agrario y sus procedimientos*, 2a. Ed., México, 1977; Fix-Zamudio, Héctor, *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario*, cit., *supra*, nota 126, pp. 909-938.

¹³⁰ Cfr., entre otros, Burgoa, Ignacio, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, incorporado posteriormente a su libro *El juicio del amparo*, 11a. Ed., México 1977, pp. 875-970.

¹³¹ Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, 1971, pp. 48 y ss.

de pobreza;¹³² la utilización de defensores de oficio; y la colaboración gratuita y voluntaria de los colegios de abogados;¹³³ 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.

108) Debido a esta situación, se inició en Inglaterra a partir del año de 1949, la implantación de un nuevo sistema llamado *legal aid*,¹³⁴ que con modalidades peculiares se introdujo en 1964 en los Estados Unidos;¹³⁵ en Francia en 1972;¹³⁶ Israel en 1973;¹³⁷ y también en Italia en el año de 1973, pero exclusivamente en materia laboral y de la seguridad social.¹³⁸

109) También deben mencionarse en esta dirección las reformas legislativas que establecieron el sistema de *legal aid* en Suecia¹³⁹ y en la provincia canadiense de Quebec,¹⁴⁰ ambas en el año de 1972; así como la ley austríaca de 8 de noviembre de 1973, que sustituyó en varios ordenamientos, particularmente en la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), la expresión tradicional derecho de pobreza (*Armentrecht*) por la de ayuda

¹³² 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. Manresa y Navarro, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4a. Ed., Madrid, 1919, pp. 98 y ss.

¹³³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra* nota 10, pp. 66-67.

¹³⁴ Cfr. entre otros, el estudio comparativo de Marsh, Norman S., "La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 107-131; y los más recientes, también de carácter comparativo de Cappelletti, Mauro, y Gordley, James, "Legal Aid; Modern Themes and Variations", en *Stanford Law Review*, Vol. 14, núm. 2, Stanford, enero de 1972, pp. 347-386, 387-421; desarrollado posteriormente en el libro de Cappelletti Mauro, Gordley, James y Johnson, Earl, J., *Toward Equal Justice: A comparative Study of Legal Aid in Modern Societies (Text and Materials)*, Milano - Dobbs Ferry, New York, 1975, pp. 5-132.

¹³⁵ Entre otros, cfr. Denti, Vittorio, "L'assistenza giudiziaria ai poveri e la sua recente evoluzione", en su libro *Processo civile a giustizia sociale*, Milano, 1972, pp. 36-41.

¹³⁶ Cfr. especialmente Oppetit, Bruno, "La ayuda judicial", trad. de Fix-Zamudio, Héctor, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.

¹³⁷ Cfr. Lieberman, Hal R., "Israel Legal Aid Law: Remedy for Injustice?" en *Israel Law Review*, Jerusalem, julio de 1974, pp. 413-436.

¹³⁸ Cfr. Pezzano, Giancarlo, "La gratuità del giudizio e il patrocinio statale", en el libro colectivo *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1974, pp. 561-577.

¹³⁹ Cfr. Cappelletti, Mauro y otros, *Toward Equal Justice*, cit., *supra* nota vcd, pp. 525 y ss.

¹⁴⁰ Cfr. Cappelletti, Mauro y otros, *op. ult. cit.*, pp. 584 y ss.

procesal (*Verfahrenhilfe*) que viene a ser una traducción al alemán, así sea limitada al aspecto estrictamente procesal, del concepto de *legal aid*.¹⁴¹

110) 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 totalmente 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.¹⁴²

111) Por lo que se refiere a Latinoamérica, 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,¹⁴³ de cualquier manera, su actuación está inspirada, aun cuando no sea concientemente, en principios caritativos que provienen de la Edad Media y se consagraron en la legislación colonial;¹⁴⁴ ya que toman como base el concepto de pobreza, es decir, al insolvencia 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.¹⁴⁵

112) Lo anterior significa que el asesoramiento legal se está transformando, como lo indican las disposiciones más recientes de los Estados Unidos e Inglaterra, en una *prestación de seguridad social*, en forma similar y paralela a los servicios de carácter médico.¹⁴⁶

¹⁴¹ Sobre la evolución de la materia en Austria, cfr. Cappelletti, Mauro, "Defensor del pobre. Es el turno de Austria", en su libro *Proceso, ideología, sociedad*, cit., *supra* nota 43, pp. 203-213.

¹⁴² Además de los autores mencionados en las notas 134-141, deben consultarse a Rumi, Jacinta, "L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria in Inghilterra", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, julio-septiembre de 1970, pp. 412-433; Dworking, Gerald "The Progress and Future of Legal Aid in Civil Litigation", en *The Modern Law Review*, London, julio de 1965, pp. 432-433.

¹⁴³ Sobre el sistema de la defensoría de oficio en todas las ramas procesales, cfr. García Ramírez, Sergio "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.

¹⁴⁴ Sobre los procuradores de las audiencias y cancellerías de las colonias españolas, puede consultarse el Título 28, del Libro Segundo; y sobre los procuradores y defensores de indios, e 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.

¹⁴⁵ Cfr. Cappelletti, Mauro y Gordley, James, *Legal Aid*, cit., *supra* nota 134, pp. 376-379; 406-418.

¹⁴⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra* nota 10, pp. 70-75.

113) Este servicio de seguridad social se proporciona a través 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 Offices* de los Estados Unidos.¹⁴⁷

114) En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la Unión Soviética, el servicio de asesoramiento jurídico se proporciona sólo por oficinas públicas, ya que está prohibido el ejercicio libre de la abogacía,¹⁴⁸ que es el sistema adoptado por la legislación cubana en época reciente, a través de los llamados bufetes colectivos.¹⁴⁹

115) Debemos ser muy cautos en Latinoamérica 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, se corre el riesgo de lograr sólo una ampliación burocrática de las actuales defensorías del oficio.

116) Sin embargo, lo anterior no significa que deba abandonarse 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 1972.¹⁵⁰

VIII. Conclusiones

117) De lo expuesto tan superficialmente con anterioridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

¹⁴⁷ Cfr. Loewenstein Daniel H., y Waggoner Michel, J., "Note. Neighborhood law Offices: The New Wave in Legal Services for the Poor", en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., 1967, pp. 805-913.

¹⁴⁸ Cfr. Peccori, Paolo, "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; Berry, Donald D., y Berman, Harold J., "The Soviet Legal Profession, en Lawrence M., y Zile, Zigurds L., "Soviet Legal Profession: Recents Developments in Practice, en *Wisconsin Law Review*, enero de 1964, pp. 39 y ss.

¹⁴⁹ Estos bufetes colectivos están regulados por los artículos 171 a 176 de la Ley de Organización del Sistema judicial de 23 de junio de 1973 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, que han utilizado como modelo otros países socialistas, cfr. los autores mencionados en la nota anterior.

¹⁵⁰ Debe mencionarse que en el VII Congreso Nacional Argentino del 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, VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal", en *Revista de Estudios Procesales*, Núm. 14, Rosario, Argentina, diciembre de 1972, pp. 111-112.

118) *Primera*: En los años recientes se ha advertido la necesidad de examinar las relaciones existentes entre las disciplinas del derecho constitucional y del derecho procesal, ya que existen zonas de frontera que no habían sido analizadas con la suficiente profundidad.

119) *Segunda*. Estas zonas de frontera y de confluencia entre estas dos disciplinas, han dado lugar al establecimiento, para fines de estudio, a dos nuevas ramas de la ciencia jurídica, que podemos calificar como derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, no como un simple juego de palabras, sino debido a la sistematización de conceptos e instituciones de carácter procesal examinados a través de dos ángulos o perspectivas, que sin embargo se complementan.

120) *Tercera*. *El derecho procesal constitucional* debe considerarse como la rama más reciente de la ciencia del derecho procesal, y como su fundador se señala con todo acierto al ilustre Hans Kelsen, quien consideró la necesidad de sistematizar el estudio de los instrumentos procesales dirigidos a la resolución de las controversias derivadas de la aplicación de las disposiciones constitucionales, e inclusive inspirando la creación de un órgano específico para dirimir tales conflictos, es decir, la Corte Constitucional establecida por la Ley Fundamental austríaca de 1920.

121) *Cuarta*. Por el contrario, el *derecho constitucional procesal* es una rama del derecho constitucional, también de carácter reciente, con el propósito esencial, de estudiar en forma sistemática las instituciones procesales reguladas por las disposiciones constitucionales, y que también se han calificado como garantías constitucionales de carácter procesal, y así como a Hans Kelsen se le considera como fundador de la disciplina paralela dentro de la ciencia del proceso, es al insigne procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, a quien le corresponde esta labor respecto del derecho constitucional procesal, si tomamos en cuenta, de manera especial, su fundamental y clásico estudio sobre *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el cual puso de relieve la regulación constitucional de los instrumentos procesales, al menos en el proceso civil, pero sus puntos de vista pueden extenderse sin la mayor dificultad respecto de las restantes ramas del derecho procesal.

122) *Quinta*. Fue el mismo jurista uruguayo quien señaló los sectores esenciales de la nueva disciplina, si bien no la bautizó, como tampoco lo hizo Kelsen con el derecho procesal constitucional, pero estableció las bases para el estudio de los conceptos e instituciones de la nueva disciplina del derecho constitucional general, referida a las categorías procesales, que hemos llamado derecho constitucional procesal; el que comprende en primer lugar el análisis de las llamadas garantías judiciales o garantías de la jurisdicción, y en segundo término, de las garantías constitucionales

de los justiciables, con un sector intermedio, estrechamente vinculado con la segunda parte, que es el relativo a las garantías de los actos procesales, o de las formalidades esenciales del procedimiento.

123) *Sexta*. Para que los estudios de las disposiciones constitucionales de carácter sean verdaderamente fructíferos, es preciso que exista una mayor colaboración entre los cultivadores de la ciencia del proceso y los especialistas en la ciencia del derecho constitucional, tal como se recomendó en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México en el mes de agosto de 1975, y en el cual participaron cultivadores de ambas disciplinas.

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Director e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de El Colegio Nacional.