

REVISTA DE REVISTAS

DERECHO PROCESAL	227
------------------------	-----

El principio del "orden público" fue variando en su interpretación de país a país e incluso de autor a autor, lo que provocó en las más de las veces una amplia imprecisión acerca de su significado, la historia reciente nos muestra cómo algunos autores llegaron, incluso, a equipararlo a un escudo protector de "los valores de las naciones civilizadas". Esta distorsión causó indudables perjuicios en el enfoque del problema de alguna parte de la doctrina contemporánea.

El principio del "orden público" utilizado según el curso de los vientos fue debido, entre otras razones no menos importantes, al prurito de algunos autores de encontrar una fórmula mágica que solucionase "vacíos" que la legislación o la doctrina provocaban y no fue sino hasta el momento de la reconducción a un nivel técnico cuando hemos empezado a constatar aquellas graves distorsiones que el principio del "orden público" ha sufrido.

Es precisamente aquí en donde podemos ubicar el interesante y documentado trabajo del profesor Sperduti. En efecto, el profesor de la Universidad de Roma reconduce nuevamente la discusión hacia el plano de la técnica y demuestra con asombrosa claridad, la relación de dicho principio con un tipo de normas jurídicas a las que Pillet, Maury y Nussbaum describieron hace más de 30 años y que Francescakis llamara "leyes de aplicación inmediata". Abierta la discusión en este nuevo estudio, podemos constatar con sencillez como el principio del "orden público" vuelve a presentar nuevas e interesantes opciones de análisis. Una técnica como la de las "normas o leyes de aplicación inmediata" aunque relativamente joven en la doctrina, ya cuenta con un buen número de estudios y análisis y debemos servirnos de estos para reelaborar un antiguo principio de tan gran trascendencia en el Derecho internacional privado; principalmente, por estas consideraciones, resulta particularmente útil la lectura del trabajo que nos ocupa.

Leonel PEREZNIETO G.

WITKER. *Bases jurídicas de la transferencia de tecnología en América Latina.* v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

DERECHO PROCESAL

ANÓNIMO. *Enviromental Law: ...* v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. "Rivista di Diritto Processuale", núm. 3, julio-septiembre, 1975, pp. 361-402. Padua, Italia.

En este excelente trabajo, el destacado procesalista y comparatista italiano analiza las posibilidades y modalidades de la defensa y representación de los grupos intermedios ante la justicia civil, entendida ésta en su sentido amplio.

Con razón advierte el profesor Cappelletti que cuando se habla de libertades fundamentales de los grupos intermedios —tema centro del Congreso realizado en Florencia del 7 al 11 de mayo de 1975, al cual presentó el jurista italiano como ponencia el trabajo que ahora reseñamos—, "la atención del procesalista es capturada sobre todo por un problema: *el acceso a la justicia*. ¿Tienen los grupos intermedios —se pregunta— acceso a la justicia?"

Por una parte, la teoría de la acción procesal ha sido elaborada en el siglo XIX con una perspectiva liberal e individualista, por lo que aquélla plantea claras limitaciones, que van desde la posibilidad inicial de su planteamiento —legitimación exclusiva de la parte directa y personalmente afectada— hasta sus consecuencias a través de la sentencia —los límites subjetivos de la cosa juzgada.

Por otra parte, la complejidad de la sociedad moderna, con el intrincado desarrollo de las relaciones económicas, da lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden afectar intereses de un considerable número de personas, haciendo surgir problemas ignorados en los litigios meramente individuales.

Frente a los nuevos y complejos fenómenos sociales, el derecho, en tanto que instrumento de control social, debe asumir tareas y dimensiones hasta ahora ignoradas. De esta manera, determinados derechos ahora pertenecen, no ya a individuos determinados, sino a la colectividad: "En particular, expresa el profesor florentino, el derecho al ambiente natural y el respeto de las bellezas monumentales, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho a no ser avasallados por un caótico crecimiento urbanístico, por una engañadora publicidad comercial, por fraudes financieros, bancarios, alimenticios, o por discriminaciones sociales, religiosas o raciales —derechos todos que ya están consagrados en las legislaciones avanzadas— tienen carácter 'difuso', pertenecen a la colectividad" (p. 367).

Una efectiva protección jurídica de estos derechos ya no puede dejarse exclusivamente en las manos de individuos determinados, siguiendo la tradición individualista, sino que exige la búsqueda de nuevos tipos

de tutela: esta búsqueda es, precisamente, aquello que más profundamente está caracterizando la evolución del derecho procesal de la época contemporánea. "Se trata, ante todo —escribe Cappelletti—, de intereses (si puedo expresarme con fórmula pirandelliana) *en busca de autor*".

Ante el problema de la defensa de los intereses difusos, la división tradicional entre derecho privado —que otorga la tutela de éste al particular que es, o afirma ser, su titular— y derecho público —que la atribuye a un órgano del Estado—, resulta inadecuada: "La *summa divisio* aparece irreparablemente superada por la realidad social de nuestra época, que es infinitamente más compleja, más articulada, más 'sofisticada' que aquella simplista dicotomía tradicional. Nuestra época... lleva con prepotencia a la escena nuevos intereses 'difusos', nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son, sin embargo 'colectivos': de ellos ninguno es 'titular', al mismo tiempo que todos, o todos los miembros de un determinado grupo, clase o categoría, son titulares" (p. 372).

Después de demostrar la insuficiencia de las soluciones que otorgan la tutela de los derechos de grupo al propio particular directa y personalmente afectado o al órgano del Estado encargado de la defensa de los intereses públicos —el ministerio público en los países del *civil law*, el *attorney general* en los del *common law* y el *prokurator* en los socialistas—, analiza las nuevas soluciones que en este terreno muestra el derecho comparado.

De esta manera, examina la institución de organismos públicos altamente especializados para la tutela procesal de determinados intereses colectivos, como el *ombudsman* de los consumidores, en Suiza (1970); el *Director General of Fair Trading*, (1973) y el *Race Relations Board* (1968) en Inglaterra; el *Registrar for Restrictive Trade Agreements*, en la India (1969); el *Environmental Protection Council*, en Ghana (1974), y otras instituciones similares.

Pese a la creación de tales organismos públicos, se va difundiendo el convencimiento de que ninguna de dichas entidades son suficientes para asegurar una adecuada tutela de los intereses colectivos económicos, sociales y ambientales, y que, junto a su actividad, debe concurrir la de los individuos y grupos directa e indirectamente interesados: "Se delinea así aquello que la investigación comparativa parece indicar como el más eficaz tipo de soluciones a nuestro problema: soluciones compuestas, articuladas, flexibles, las únicas capaces de dar una adecuada respuesta a un problema tan complejo como el de la tutela jurídica de los nuevos, emergentes, vitales intereses colectivos. Tales soluciones compuestas consisten, esencialmente, en unir e intentar la acción y el control de

los organismos públicos, con la iniciativa de los individuos y de los grupos privados directa, o aún sólo indirectamente, interesados" (p. 383).

Otra solución que examina el procesalista italiano, es la extensión de la legitimación para accionar a sujetos privados —individuos o asociaciones— no personalmente afectados, extensión que implica una verdadera revolución en el concepto de legitimación para accionar. En esta dirección, el autor destaca y analiza las *relator actions*, que se han desarrollado sobre todo en Inglaterra y Australia, y las *class actions*, que se han difundido particularmente en los Estados Unidos. En estos casos es claro que se trata de las soluciones compuestas, articuladas y flexibles a las que se ha referido el autor con anterioridad.

La tercera solución que analiza Cappelletti, es la que consiste en la extensión de los poderes del juzgador. Este ya no se limita a disponer el resarcimiento sufrido por la parte accionante, ni en general a emitir resoluciones con eficacia limitada a las partes presentes en juicio; al contrario, el juez es facultado para extender el ámbito de su resolución, de manera que comprenda el mayor daño globalmente producido, y en general para emitir resoluciones eficaces aun para las 'partes ausentes' o, todavía más, con alcances *erga omnes*. "El dato principal que la experiencia comparativa está revelando en este campo, parece que pueda sintetizarse, con una cierta simplificación, de este modo: por un lado, el juez debe ser autorizado a recurrir, aun con carácter urgente, a una amplia gama de resoluciones, especies de *órdenes de hacer y de no hacer* (*ingiunzioni di fare e di non fare*), *adecuadamente sancionadas* en el caso de incumplimiento y con frecuencia, por su naturaleza, con eficacia *ultra partes*; por otro lado, aun en el campo más tradicional del resarcimiento del daño no se debe más considerar sólo al *daño padecido* (por el actor presente en juicio), sino al *daño globalmente producido* (a la colectividad entera) ..." (pp. 395-396).

Otras interesantes evoluciones que examina el destacado comparatista italiano, es el surgimiento de lo que Louis Jaffe denominó el "actor ideológico", que es el sujeto privado —individuo o grupo espontáneo— que acciona "por el bien colectivo"; y la necesidad de superar los esquemas de un garantismo procesal de signo meramente individualista, por un nuevo y más adecuado tipo de garantismo que podría llamarse "social" o "colectivo", concebido para la salvaguarda no sólo del individuo, sino también de los múltiples grupos y "cuerpos intermedios", que también reclaman acceso a la justicia para la tutela de sus intereses.

José OVALLE FAVELA

MARTÍNEZ GONZÁLEZ. *La nulidad de actuaciones administrativas...*
v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

SANTUCCI, Girolamo. *Accertamento e certezza del diritto*, "Rivista di Diritto Processuale", núm. 3, julio-septiembre, 1975, pp. 409-415, Padua, Italia.

[En este breve pero interesante ensayo, el profesor Santucci intenta explicar la naturaleza del proceso con base en la función que éste tiene de "certificación normativa".

Advierte, en primer término, la necesidad de distinguir entre certeza del derecho y principio de legalidad, conceptos que suelen ser confundidos. Sostiene el autor que el derecho trae su certeza no directamente de la ley, en el momento de ser promulgada, sino de la interpretación aplicativa de la ley, en la fase judicial y después de la definición del proceso. Es decir, que la certeza del derecho sólo se obtiene con la resolución judicial definitiva.

Santucci descarta la noción carneltuttiana de litigio como presupuesto del proceso, y como contenido sobre el que recae la tarea del juzgador, tomando en cuenta que en el denominado "proceso voluntario" —conocido en nuestra legislación como procedimiento de jurisdicción voluntaria—, no se presenta el litigio ni la actividad del juez recae sobre éste. En realidad, como lo ha demostrado Alcalá-Zamora, el razonamiento más lógico es el inverso: como en el denominado proceso voluntario no se plantea un litigio, aquél no es realmente un proceso, sino un procedimiento de naturaleza esencialmente administrativa, en el que la labor del juez se reduce a la mera constatación de requisitos o condiciones, sin que resuelva sobre un conflicto como ocurre en el verdadero proceso, que por definición sólo es el contencioso.

Por otro lado, la función de "certificación normativa" que el autor atribuye al proceso, también se manifiesta, en alguna medida al menos, en el procedimiento administrativo, sin que por ello se pueda calificar a éste de proceso, a no ser que se olvide la distinción fundamental entre proceso y procedimiento.

A partir de la caracterización del proceso por su función de "certificación normativa", el autor deriva la necesidad de la elaboración de una parte común para la regulación de los procesos penal y civil y —quizá esto sea lo más importante— reitera la necesidad de crear tribunales penitenciarios que se encarguen de conocer de un 'proceso penitenciario', similar el 'proceso voluntario': "el proceso penitenciario, —afirma— si no se puede caracterizar como contencioso, deberá caracterizarse sobre todo como proceso de declaración (*accertamento*), de certificación,

en una situación de incertidumbre sobre la persistencia o disminución y sobre el grado de peligrosidad del condenado y por tanto sobre el *status* de su tratamiento de recuperación, que debe considerarse un verdadero *status iuris*, incertidumbre de la cual se deriva la continuación de una detención inútil y, por consiguiente, de una injusta privación de su libertad personal" (p. 413).

Otra derivación interesante que Santucci extrae de su concepción, es la de la posibilidad de la declaración judicial preventiva, con finalidades sobre todo de interpretación jurídica. Es claro que estas derivaciones, tanto la judicialización de la ejecución penitenciaria cuanto la interpretación judicial preventiva, pueden ser sostenidas sin necesidad de defender una concepción tan amplia —y nos atreveríamos a decir: vaga— del proceso. Otras razones podrían apoyar, con más solidez, estas interesantes proposiciones, que ya tienen, por otro lado, asidero en la experiencia jurídica.

José OVALLE FAVELA

SENTÍS MELENDO, Santiago. *Valoración de la prueba*, "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", números 2-3, 1976, pp. 267-367. Madrid, España.

En este amplio y documentado trabajo, que constituye la octava de una serie de lecciones de derecho probatorio impartidos en diferentes universidades, el conocido procesalista hispano-argentino aborda uno de los problemas medulares del fenómeno probatorio y, más ampliamente, del proceso: la apreciación de la prueba por el juzgador. "Estamos —escribe Sentís Melendo—, ante la etapa decisiva y concluyente de ese itinerario probatorio que hemos dibujado en varios trabajos: los elementos ya están adquiridos por el proceso, o incorporados a él; se trata de determinar su trascendencia para llegar a la certeza; ésta sólo se logra, la certidumbre sólo se alcanza, a través de la prueba" (p. 268).

Después de reiterar su tesis de que la prueba es libertad, el profesor hispanoamericano trata el problema de la determinación de los sistemas de valoración de la prueba. Si bien existe un acuerdo más o menos general en torno a la determinación del sistema tasado o legal de apreciación probatorio, o de tarifa legal como le denomina el procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, el debate se plantea, sobre todo, en la determinación del sistema de libre apreciación y su equivalencia o su oposición con la "sana crítica". Sentís Melendo delimita de nuevo la polémica y aclara y reafirma su posición: la libre convicción no excluye a la sana crítica, sino que, al contrario, ésta última "es un medio

magnífico" o acaso una expresión acertadísima de ese medio, para utilizar la libertad y llegar a la convicción libre" (p. 273).

De gran valor resulta, sin duda, la exposición del origen y desarrollo de la expresión "sana crítica", de ascendencia hispánica, y su difusión en el derecho procesal latinoamericano. Un acierto también es, para determinar el contenido y alcance del sistema de libre convicción, el análisis que el profesor Sentís Melendo hace de la regulación de este sistema en el derecho comparado; este análisis confirma, claramente, su tesis. Nosotros también, en nuestra tesis profesional (1971), hemos compartido la opinión del ameritado procesalista hispanoamericano, junto con la de otra figura cumbre del procesalismo hispanoamericano, Rafael de Pina. Pasados algunos años, y habiendo meditado un poco más sobre este problema, sostenemos nuestra adhesión a las tesis de De Pina y Sentís Melendo.

Entendemos, sin embargo, que sí hay diferencia entre la libre apreciación razonada o "sana crítica" y el sistema de apreciación de los jurados, que es también libre pero sin exposición de motivos y, por tanto, sin posibilidad de ulterior revisión a través de algún medio de impugnación. El sistema de apreciación de los jurados es una *modalidad excepcional* de la libre apreciación, un subsistema que no se opone a ésta, sino que se distingue sólo por la falta de exposición y de posibilidad de revisión de los motivos de la convicción, pero que no tiene que ser identificado, necesariamente, con la arbitrariedad o la ausencia de racionalidad, desviaciones que son también posibles en la apreciación razonada, y aun en la tasada, y que obviamente no se resuelven cabalmente imponiendo la racionalidad por exigencia legal, sino estableciendo una cuidadosa y adecuada preparación y selección de los juzgadores. A la modalidad de la libre apreciación por jurados bien podría denominarse, siguiendo a la propia legislación, *íntima convicción* para distinguirla, no como un sistema opuesto sino como una modalidad, de la libre apreciación en general.

Después de aludir a algunas especies y modalidades de los medios de prueba, Sentís Melendo analiza los diferentes grados por los que se mueve el ánimo del juez frente al *thema probandum*, que va desde la simple sospecha hasta la llamada prueba plena, pasando por la conjetura, la verosimilitud, la probabilidad, el *fumus bonis iuris*, el principio de prueba, los indicios y la llamada prueba semiplena. Interesante también resulta el examen que el profesor hispanoamericano formula sobre la sentencia en relación con la valoración de las pruebas. Frente al problema de si la sentencia es un acto de voluntad o un acto de la inteligencia, una expresión de un sentimiento o la formulación de un juicio lógico,

adopta una posición relativamente ecléctica: “la sentencia es un sentimiento o, si se quiere, el producto de una intuición, que se expresa por medio de un silogismo, como forma más precisa del juicio” (p. 309).

El procesalista hispanoargentino destaca la necesidad de estudiar profundamente el error judicial y concluye su trabajo analizando la figura del juez sentenciador, que es, a su juicio, “el único juez que existe”. Aquí se refiere brevemente al papel del juez en la dirección del proceso y a las posibilidades de juzgador colegiado o unipersonal, profesional y no profesional, y a la instancia única o múltiple.

A pesar de que el profesor Sentís Melendo indica que con este estudio “no pretende enseñar nada, sino ayudar a estudiar, ofreciendo materiales en particular bibliográficos y jurisprudenciales, a quien desee seguir trabajando sobre el tema no siempre sencillo de la prueba”, el trabajo del destacado procesalista no sólo resulta valioso por la gran cantidad y calidad de los materiales que proporciona, sino también por la claridad y solidez científica que muestra, y ha mostrado en otros trabajos anteriores, en el análisis de los problemas que plantea el derecho probatorio.

José OVALLE FAVELA

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

D'AGOSTINI, Fabrizio. *Il pensiero giuridico nella sofistica (seconda parte)*. “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, IV serie, vol. LII, 1975, núm. 4, octubre-diciembre, pp. 547-573. Milán, Italia.

Este artículo constituye la segunda y última parte del ensayo que, bajo el título que encabeza la presente nota, comenzó a publicarse —la primera parte dedicada al pensamiento de Ippia de Elide— en el número 2, correspondiente a los meses abril-junio de 1975, de la “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, pp. 193-216, y la cual fue objeto de una reseña nuestra incluida en un número del “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”.

En esta segunda parte, el autor aborda el análisis del pensamiento de Antifonte Sofista, cuya doctrina, al parecer, deriva y constituye un desarrollo más radical de la de Ippia, aunque el profesor d'Agostini no comparte mucho esta hipótesis de dependencia entre ambos sofistas. En efecto, la dificultad específica por lo que hace al estudio de las tesis de Antifonte radica, según el autor, en el hecho del eclecticismo de sus ideas, que obliga a realizar una seria labor de exégesis para reconstruir los hilos dispersos de las diversas doctrinas que lo estructuran, y cuyo estudio