

REVISTA DE REVISTAS

DERECHO PENAL 268

tánea, a través de la cual los Estados crean supuestamente normas jurídicas por un medio que no es ni estrictamente consuetudinario ni exactamente convencional. El que los Estados empiecen a practicar un medio de creación normativa con el mero registro de su voluntad en un momento concreto, en lugar de que se reitera en un periodo prolongado de tiempo, y sin imprimir tal voluntad en texto formal alguno, que es precisamente lo que sucede en la llamada costumbre instantánea (ejemplo de la cual sería la Declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1970, por 108 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones, respecto a los Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo más allá de los Límites de la Jurisdicción Nacional), no significa que la creación de una norma (regla primaria) por tal vía no esté constreñida a ciertos requisitos, condiciones o límites (reglas secundarias), como en efecto son el que la norma sea aceptada por todos los miembros de la comunidad internacional, lo que indubitadamente incluye a sus destinatarios principales, que exista clara evidencia de la *opinio juris* y que sea normativa de conductas y no meramente declarativa de pautas ideales de comportamiento como en el caso de la mayoría de las resoluciones adoptadas por órganos colectivos internacionales.

El estudio de nuevos medios de creación normativa a nivel jurídico internacional, hace imprescindible que se tome en cuenta el análisis realizado sobre la costumbre internacional por Walden en el artículo que aquí se reseña.—Alberto SZÉKELY.

DERECHO PENAL

ALTMANN SMYTHE, Julio, "¿Deben suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?", *Lecturas Jurídicas*, núm. 66, abril-junio de 1978, pp. 55-69, Chihuahua, México.

El sugestivo trabajo del doctor Altmann se inscribe en la tan en boga corriente doctrinaria que propugna la humanización de la justicia penal, si bien, por otra parte, se inclina por la no aceptación, absoluta e inmediata, de la tendencia abolicionista que reclama la supresión total de las penas privativas de la libertad y, por ende, de todo establecimiento carcelario.

En efecto, en interesantes aunque muy sucintas reflexiones el autor

pasa revista a algunos de los factores socioeconómicos condicionantes de la explosión delictuosa en nuestros días, a los horrores indecibles de la vida carcelaria de hoy y de siempre, al ambiente artificial y antinatural que priva en las prisiones, a la nefasta influencia y resultados contra-productores que tal ambiente propicia en el individuo, etcétera. Todo ello, señala, no hace sino mostrar que ni la más severa represión de la delincuencia ni los avances penológicos han logrado disminuir la criminalidad; ésta, por el contrario, tiende a incrementarse, cuantitativa y cualitativamente, dado que las preocupaciones se han centrado más en la persecución, sanción o eliminación temporal del delincuente, que en tratar de combatir los factores etiológicos del delito.

De ahí que, prosigue más adelante, a nadie debe sorprender la condena generalizada de la prisión. Ésta, no obstante las mejoras técnicas y humanitarias que se le han introducido, y de los adelantos logrados en los sistemas penitenciarios, ha fracasado en el pretendido cumplimiento de su función de defensa social; antes bien, en la práctica, no sólo ha conservado su esencial fisonomía de lugar de castigo y expiación, sino que se ha convertido en un serio factor criminógeno que difícilmente puede contribuir a la efectiva readaptación individual y social del recluso. Confirman lo anterior los raquíticos resultados alcanzados por el moderno tratamiento correccional de los internos.

Ahora bien, sin dejar de reconocer la verdad, la importancia y las graves consecuencias que de todo lo anterior derivan, pero ante la evidente ausencia de cualquiera otra solución que venga a sustituir la existencia de establecimientos carcelarios, el doctor Altmann se pronuncia por la necesidad de conservarlos, si bien admitiendo que deben llevarse a cabo profundas reformas tanto a los sistemas carcelarios como a la legislación penal misma.

Dichas reformas, opina el autor, deben ser el resultado de investigaciones serias, que conduzcan al remplazo progresivo de las penas privativas de la libertad por otras medidas menos perjudiciales, a la instauración de un nuevo tipo de prisión, así como a la adopción de una nueva política judicial.—Jesús RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ.

FRIEDMAN, Jane M., "The Federal Fetal Experimentation Regulations: An Establishment Clause Analysis", *Minnesota Law Review*, vol. 61, núm. 6, junio de 1977, pp. 961-1005, Minneapolis, Minnesota.

El autor inicia por plantear el problema de fondo: después de la resolución de la Corte Americana resolviendo favorablemente sobre el aborto

basado en el derecho de privacidad de la mujer, el gobierno federal norteamericano ha venido restringiendo en forma notable un número considerable de experimentos fetales adoptando con ello, en opinión del autor, no solamente una conducta irracional sino también anticonstitucional.

El problema es de consideración máxime si se toma en cuenta que con ello compromete el 40% de la totalidad de la investigación biomédica que se realiza en los Estados Unidos de América, según señala el autor. Dentro de este contexto el Congreso americano aprobó la ley relativa al servicio de investigación nacional, creando con ello la Comisión Nacional para la protección de los asuntos humanos en la investigación biomédica. Dentro de las atribuciones de esta Comisión se cuenta fundamentalmente el estudio y la formulación de recomendaciones respecto a la investigación experimental en humanos, teniendo dentro de ella un margen reducido la experimentación fetal. La citada Comisión en su sesión del 21 de mayo de 1975 formuló las siguientes recomendaciones.

A) La experimentación *no* terapéutica (experimentación *in utero*) está prohibida.

B) La experimentación durante o posterior al aborto (experimentación *ex utero*) puede realizarse si el feto es no viable, se entiende evidentemente feto *ex utero*.

C) Con este motivo consideró también la conveniencia de puntualizar que cualquier problema de interpretación o aplicación de las anteriores recomendaciones sería resuelto por la Comisión.

En opinión del autor estas reglamentaciones se inscriben dentro de la llamada "legislación moral" y, en esta forma, esta "legislación moral" es en esencia una legislación religiosa proscrita por la primera enmienda a la constitución americana.

En este orden de ideas el autor señala que existen dos formas en las que pueden considerarse la separación entre el Estado y la Iglesia; la primera en la que el gobierno auspicie una actividad realizada por una organización religiosa y la segunda cuando el Estado permita introducir en la actividad gubernamental asuntos religiosos. La reglamentación de experimentación fetal se ubica en esta segunda hipótesis. El autor se esfuerza en desvirtuar otros precedentes en las que pudiera pensarse que existe una reglamentación religiosa, tales como las soluciones a controversias surgidas por la aplicación de programas de educación sexual, etcétera.

La piedra angular de la reglamentación y recomendaciones que se mencionan es la consideración de que el feto es un ser humano; el rechazo o la aceptación de esta proposición radica, según lo señala el autor, menos en consideraciones científicas que en éticas. Por otra parte la aceptación de la personalidad del feto es bastante controvertida y *no* goza de un consenso social. Sin embargo, la reglamentación de la experimentación fetal obliga incluso a los adversarios de la personalidad del feto a conformar su conducta a la postura contraria.

El autor analiza posteriormente las comunicaciones que tuvo dicha Comisión Nacional, mismas que divide en dos grupos: por una parte la de los miembros científicos y por la otra la de los miembros encargados de ofrecer opciones éticas. El contraste de ambos grupos, según señala el autor, se sintetiza en el pensamiento de Bertrand Russell que contrasta la ética cristiana con la científica. Las comunicaciones del primer grupo se esforzaron en destacar cómo sin la experimentación fetal hubiera sido imposible el avance científico en aspectos concretos que benefician actualmente al género humano. Las del segundo se estructuraron en base a la idea de la personalidad del feto y a la interconexión entre la experimentación fetal y el sistema "inmoral" de aborto americano. El autor subraya la cercanía de la postura con la judeo-cristiana que concluye a considerarla como una postura religiosa. En base a la primera idea se sostuvo el hecho que el feto es persona o algo similar. Respecto a la segunda se afirmó que la experimentación fetal es a la vez causa y efecto del aborto.

El autor describe la tradición judeo-cristiana para demostrar sus anteriores afirmaciones y destaca en ella el valor que se le ha conferido a la vida humana prenatal, para formular una conclusión en el sentido de que el dictamen de la comisión participa de una argumentación religiosa. Bajo el análisis constitucional esta predominante argumentación religiosa con su premisa moral y el impacto coercitivo de la reglamentación crea una presunción de anticonstitucional; el autor indica que para que una reglamentación sea viable necesita estar fundamentada en una justificación secular.

En resumen el autor destaca los puntos importantes de su análisis:

1. Es indiscutible que la experimentación fetal ha conducido a avances médicos significativos.
2. En la medida en la que la experimentación fetal está íntimamente ligada al problema del aborto, los adversarios de éste intentan establecer, al rechazar la experimentación fetal, el reconocimiento de la personalidad del feto y en vía de consecuencia resolver conforme a su

postura el problema del aborto: el feto y la persona deberían tener una normación uniforme.

3. El autor sostiene que el problema de la personalidad del feto no puede ser resuelto racionalmente, sino que la respuesta está gobernada por un sentimiento de fe religiosa.

4. El Estado al restringir la experimentación fetal toma postura en relación al problema, obligando a los adversarios a conformar su conducta con ella, cuando es evidente que no existe al respecto un consenso general.

5. En la medida en que la toma de postura del Estado está imbuida de un carácter religioso evidente, al hacerlo el Estado establece un principio religioso inadmisibles.

6. La única postura legítima es la secular que consiste en la neutralidad relativa a la personalidad del feto.—Jorge A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA.

KOMMERS, Donald P., "Abortion and Constitution: United States and West Germany", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, núm. 2, Spring 1977, pp. 255-285, Berkeley, California.

El tema que aborda el profesor Kommers es de evidente interés: las consideraciones legales sobre el aborto en los Estados Unidos de América y en la República Federal Alemana; el interés es mayor si se tiene en cuenta que ambos países han adoptado posturas contrarias en relación al problema. En efecto como el autor lo indica a partir del 22 de enero de 1973 la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos al resolver los casos 410 U. S. 113 (1973) y 410 U. S. 179 (1973) impidió a los Estados de la Unión prohibir o limitar el derecho de la mujer a procurarse el aborto. Por el contrario el Tribunal Constitucional alemán, según lo destaca el autor, el día 25 de febrero de 1975 consideró anticonstitucional la ley aprobada por el parlamento alemán que permitió interrumpir el embarazo dentro de los tres primeros meses de gestación.

El artículo que se reseña resulta particularmente interesante por la información que proporciona. Así el autor destaca cuáles fueron las circunstancias que motivaron las resoluciones contradictorias.

Por una parte, por lo que respecta a los Estados Unidos se tiene que tomar en consideración el informe rendido por el presidente de la Comisión de Crecimiento Demográfico de la Unión Americana quien

recomendó la práctica del aborto en los Estados de la Unión. Los casos de Wade y Bolton que anteriormente se citan fueron considerados dentro de este contexto. Destaca asimismo que el control constitucional de la Suprema Corte Americana es concreto en la medida en la que es necesario un litigio para que ejerza ese control.

Por otra parte, en la República Federal Alemana, el Tribunal Constitucional tiene un control abstracto, ya que no es necesaria una controversia para que el Tribunal ejerza su control; en efecto, una de las funciones del Tribunal Constitucional es la de resolver las diferencias de opinión o dudas tanto en la compatibilidad material como en la formal de las leyes federales y locales.

Conforme a lo expuesto el autor describe la evolución que tuvo la legislación sobre el aborto en la República Federal Alemana, intentando con ello demostrar si el Tribunal Constitucional había o no violado el principio democrático de responsabilidad al considerar como anticonstitucional la ley aprobada por el parlamento alemán.

Uno de los puntos importantes en el análisis del autor radica en la exposición del debate en la República Federal Alemana relativo a las alternativas que se presentaban. Por un aparte, la *Indikationslösung* y por la otra la *Fristenlösung*. Finalmente la reforma de 1974 reformó al Código Penal alemán despenalizando la interrupción del embarazo dentro de las 12 primeras semanas si así lo autorizaba un médico con el consentimiento de la mujer. Asimismo permitió la interrupción del embarazo, por indicaciones médicas o eugenésicas después de dicho periodo. En este orden de ideas la oposición demandó ante el Tribunal Constitucional su declaración de antoconstitucionalidad. La actitud de la oposición se funda en la teoría democrática al considerar que la resolución del parlamento alemán no encontraba una legitimidad dentro de una democracia parlamentaria, ya que instrumentaba una política contraria a la voluntad general. Esto por lo que respecta al problema constitucional.

El autor continúa exponiendo por lo que respecta a la argumentación que sostienen ambas posturas directamente por lo que conciernen al aborto. La Corte americana consideró que las legislaciones penales tuvieron como principal motivación proteger a la mujer de procedimientos médicos peligrosos, así como preservar la vida prenatal. Sin embargo, la Corte americana en el caso fundamentó la posibilidad de la mujer de interrumpir su embarazo sobre el derecho de la privacidad.

El Tribunal Constitucional alemán consideró por el contrario anticonstitucional la legislación permisiva del aborto. Parte de la idea que la vida existe conforme al conocimiento científico desde el catorceavo

día. Así la constitución alemana prescribe el respeto a la vida humana es indudable que dicha prescripción es extensiva al feto. El Tribunal Constitucional cuestionó sin embargo si las sanciones penales son las más adecuadas para garantizar la vida prenatal, considerando qué medidas preventivas serían más eficaces.

El artículo, sin lugar a dudas, proporciona elementos de juicio valiosos y es una buena contribución en el debate del problema.—Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA.

SALVAGE, Philippe, "La viabilité de l'enfant nouveau-né", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 75, núm. 4, octubre-diciembre de 1976, pp. 725-749, París, Francia.

Dentro de la temática del problema del aborto el profesor de la Universidad de Grenoble, Francia, intenta sistematizar una noción importante en la solución de dicho problema que es el de la viabilidad.

Con justa razón afirma que la viabilidad es una condición de la personalidad. El derecho en general y el derecho civil en particular han subordinado la existencia de la personalidad de un ser humano a su viabilidad, en otras palabras para ser sujeto de derecho, es necesario que se nazca vivo y viable. Es claro que la personalidad puede preexistir al nacimiento e incluso remontarse a su concepción cada vez que esté en juego el interés del infante, pero esta personalidad está condicionada y no será cierto sino hasta que el infante nazca vivo y viable.

Conforme a la legislación vigente en Francia en materia de aborto, el profesor francés concluye que el derecho rehusa considerar al feto, cuya duración es menor a las 10 semanas, no solamente como sujeto de derecho sino tampoco como una "cosa" protegida por el derecho; es a partir de la décima semana de gestación en que se decide a proporcionarle protección.

El autor propone en consecuencia que existen estados intermedios respecto a los cuales es válido preguntarse si las condiciones de la personalidad están o no reunidas. Continúa exponiendo que entre los autores más eminentes se sostiene como elemento de base en la noción de viabilidad el de madurez, entendida como el estado resultante de un desarrollo suficiente de un ser que le permita vivir.

Como un elemento complementario al de madurez la doctrina sostiene el de la conformación, es decir el estado resultante de la constitución, de la organización del cuerpo humano que le permita vivir.

El profesor Salvage formula una conclusión inicial que revela el aspecto crítico de la legislación civil actual en relación al problema y afirma que ya sea explícita o implícitamente el derecho continúa usando la noción de viabilidad que hoy como ayer no alcanza por sí misma o por referencias a definir los elementos biológicos y médicos evolutivos.

En la segunda parte de su trabajo el autor analiza la prueba de la viabilidad, destacando en él la carga de la prueba y los medios probatorios.

La conclusión general resume los elementos de análisis y deriva de ellos la consecuencia que la viabilidad es un concepto jurídico porque sus intereses son jurídicos. Hoy en día los criterios y pruebas de esta noción revelan que existen aspectos extrajurídicos, específicamente biológicos y médicos. Esta afirmación renueva el problema de la relación del derecho y las ciencias exactas. Tales conclusiones tienen grandes repercusiones en la noción de la personalidad. Tradicionalmente se ha venido enseñando que la personalidad es una noción que aparece con certeza y precisión en el momento del nacimiento en tanto aparezcan concomitantes sus dos elementos básicos: que sea vivo y viable, es decir con una gestación superior a los 180 días y corroborado por una buena conformación. El hecho que estos dos elementos no se hayan reunido no permite concluir necesariamente que no hay personalidad. El progreso biológico y médico permite, después de un tratamiento, superar las insuficiencias que un ser puede experimentar desde el nacimiento respecto a una u otra condición de viabilidad.

La doctrina penal ha hecho esfuerzos por modernizar esta noción y sin apoyarse necesariamente en la biología o medicina, estructura una noción de operación progresiva de la personalidad: cuando la gestación es inferior a 10 semanas el embrión es ignorado por el derecho penal; después de la décima semana el feto se convierte en objeto de protección para finalmente intensificarse cuando la gestación llegue a la viabilidad. El derecho en su conjunto, afirma su autor, debe admitir que la aparición de la personalidad es más progresiva que instantánea; acen-tándolo el derecho ganaría en veracidad, lo que perdiese en certeza.—
Jorge A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA.

TRIBE, Laurence H., "Foreword: Toward a Model of Rules in the Due Process of Life and Law", *Harvard Law Review*, vol. 87, núm. 1, noviembre de 1973, pp. 1-53, Cambridge, Massachusetts.

El autor comienza por destacar los puntos importantes de la sentencia de la Suprema Corte Americana conocido como *Roe V. Wade* 410 U. S. 113 (1973), y que son los siguientes:

1. La Corte establece el alcance del interés del Estado, la protección de la salud de la madre encinta y la preservación de la vida potencial fetal.
2. Existen bajo el amparo de la Constitución americana derechos de privacidad personales.
3. El derecho de privacidad es lo suficientemente amplio para comprender la decisión de la mujer de terminar con su embarazo.
4. Únicamente este derecho de privacidad de la mujer puede estar limitado por un interés apremiante del derecho.
5. Conforme a los avances médicos existe un interés apremiante respecto a la salud de la mujer al término del primer trimestre de embarazo.
6. Existe un interés del Estado apremiante respecto a la vida potencial del feto cuando éste es viable.

El profesor Tribe, distinguido constitucionalista americano, describe las opciones que tuvo en consideración la Corte Americana para fundar su resolución. De una parte se encuentran la posibilidad de evitar un riesgo diagnosticado aun en el inicio del embarazo, las limitaciones impuestas por la maternidad, que se pueden complicar por un hijo no querido y en algunos casos las dificultades de la maternidad *unwed*; de la otra parte se encuentran la preservación y protección de la salud de la madre y la preservación de la vida potencial humana. La Corte consideró asimismo que el equilibrio entre beneficios y daños varían en función del avance del embarazo. En opinión del profesor Tribe la Corte Americana no decidió después de todo entre la alternativa del aborto y la continuidad del embarazo, sino entre quién es la autoridad que debe decidir respecto al mismo: en otras palabras si es la madre con el médico o el Estado quienes deben tener la autoridad para pronunciarse en relación al problema. Precisamente el argumento sostenido por la inconforme en el precedente jurisprudencial de mérito sostuvo que la decisión para interrumpir el embarazo debía ser su función y no la del Estado.

El autor analiza a continuación el argumento que resalta el interés

del Estado. El argumento decisivo al respecto es considerar la obligación del Estado de proteger la vida humana, obligación que se hace extensiva al inicio de la vida que es desde la concepción y por consecuencia debe el Estado proteger al feto. Este argumento debe sostenerse en caso de que exista un consenso general en la comunidad de considerar al feto como persona humana, independientemente de toda consideración moral, y de ahí derivar su responsabilidad para proteger la persona humana de su destrucción; pero tal consenso general no existe. Unos ven al feto como una parte del cuerpo de la mujer incluso hasta el nacimiento; otros lo consideran como un ser humano indefenso desde la concepción. El avance embriológico en la medicina, sin embargo, hace insostenible cualquier noción de que el feto "repentinamente" cobre vida, en un sentido fisiológico, en un punto determinado del embarazo. Nadie puede negar tampoco que desde la concepción existe una vida "potencial" humana. Existe por lo tanto una imposibilidad de discutir en términos seculares cuando el feto se "convierte" en persona humana. El único contexto en donde se puede trazar una línea entre vida potencial y actual es el religioso. El autor destaca que lo importante en este caso no radica en el descubrimiento de cuándo el feto posee las características que lo hacen humano, sino qué características deben tenerse en consideración para definir al ser humano y en este orden de ideas la respuesta es de fe religiosa lo que provoca invariablemente grandes divergencias. La conclusión inicial a que llega el autor radica en que el papel del Estado debe fundamentarse en un objetivo secular.

El autor continúa con su análisis y determina que existen tres propósitos seculares que pudieran fundamentar la función del Estado en el problema del aborto, sin el riesgo de una complicación religiosa. La aceptación de la noción de vida potencial como fundamento secular de un interés estatal supera el debate del problema Iglesia-Estado. La irrupción del Estado en el problema del aborto tiene otra justificación secular y radica en que los procedimientos de éste repercuten en la salud mental y física de la mujer.

A continuación el autor destaca cómo después de que la Corte Americana determinó que no existía ningún interés estatal en la reglamentación del aborto antes de que el feto adquiriera viabilidad, se esforzó también en mantener la tesis que la decisión del aborto debería estar reservada a una elección particular y no del Estado.

El autor también aborda el problema de quiénes deben estar legitimados para tomar la decisión. El profesor Tribe analiza que conforme a las enmiendas primera y catorceava a la Constitución americana ésta protege de la intrusión del Estado a la integridad y vitalidad de la aso-

ciación en general, y sin lugar a dudas a la asociación básica en la sociedad que es la familia. Es la familia, por lo tanto, el centro de tal decisión. El problema se complica si existe diferencia dentro de la familia al respecto. El autor destaca el hecho que se ha venido considerando como un derecho humano básico el derecho de la mujer a determinar su proceso reproductivo, que podría sostenerse sobre una reminiscencia de la concepción del derecho natural inmutable. Por el contrario, el autor plantea la posibilidad, sin recurrir al orden inmutable del mundo, de asignar el centro de decisión a un miembro de la familia distinto de la mujer. Esta posibilidad se consideraría sobre la base del derecho del hombre de exigir a la mujer no solamente que continúe con el embarazo, sino que eduque al producto del embarazo; ello conllevaría la dominación de un grupo —el masculino— sobre otro —el femenino— en la sociedad.

Más importante que el veto del padre resulta el problema económico: ¿qué número de mujeres pobres pueden tener acceso a este derecho constitucionalmente protegido como la parte del derecho de privacidad? La Corte Americana limitó en este contexto el poder del Estado de usurpar el centro de decisión de la familia en relación a la interrupción del embarazo. El autor continúa exponiendo que se puede derivar la estructura de una obligación positiva a cargo del Estado de las premisas morales individualistas, bajo la idea que los derechos constitucionales reflejan situaciones sociales también protegidas y no significan límites al poder del Estado, y a partir de la cual se pueden articular obligaciones positivas, sin que las situaciones sociales por ellas protegidas quedasen, sin contenido y reducidas a libertades abstractas.

Partiendo de la idea que Estado no puede usurpar el centro de decisión de la mujer respecto al aborto y atendiendo las ideas anteriores debe concluirse que el Estado debe asumir directa o indirectamente la obligación positiva de asegurar la prevención del embarazo no querido y de su terminación en su caso; con ello al hacer extensivas al Estado obligaciones tanto negativas, como positivas, se haría del individuo, como un ser social, el depositario tanto de libertades positivas como negativas.—Jorge A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA.

BUZOID, Alfredo "A influencia de Liebman no direito processual civil brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito*, vol. LXXII, fasc. 1, 1977, pp. 131-152, Sao Paulo, Brasil.

Con este ensayo, el profesor Buzaid se une al homenaje que numerosos estudiosos del derecho procesal rinden con justicia al ameritado maestro

del procesalismo italiano Enrico Tullio Liebman, con motivo de sus cincuenta años de dedicación a la enseñanza universitaria.

Como otros destacados profesores europeos, Liebman se vio precisado a dejar su país a causa de la evolución de los regímenes fascistas, que desembocó y concluyó en la Segunda Guerra Mundial. De 1940 a 1946, el procesalista italiano se dedicó a la enseñanza de su disciplina en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo. En ese periodo de tiempo, el profesor Liebman no se limitó o cumplir con eficacia sus labores docentes, sino que promovió el estudio sistemático del derecho procesal y contribuyó, de manera decisiva, a la formación de toda una generación de destacados procesalistas, a la que Alcalá-Zamora denominó "La escuela procesal de Sao Paulo".

"La vida de Enrico Tullio Liebman, aun cuando haya sido corta su permanencia entre nosotros —escribe Buzaid—, se incorporó definitivamente en la historia del derecho procesal civil brasileño como un marco fundamental, como un apostolado de la ciencia, como un templo del saber. Antes de él hubo grandes procesalistas, *pero no hubo escuela*; después de él hubo escuela, *en el seno de la cual florecieron grandes procesalistas*. El fue un divisor que, poniendo fin a un cierto estilo de la actividad procesal, inauguró entre nosotros el método científico, que sus discípulos abrazaron apasionadamente" (p. 131).

Destaca Buzaid la labor científica de Liebman en Brasil, primero al adaptar las *Instituciones* de Chiovenda, con valiosas notas sobre el derecho brasileño; y después, al elaborar diversas obras, tales como *Eficácia e autoridade da sentença* (1945), *Estudos sobre o processo civil brasileiro* (1947) y *Embargos do executado* (1952). "Esta producción del maestro durante el quinquenio de su permanencia en Brasil —estima Buzaid—, además de ser cuantitativamente suficiente, tiene el mérito de fijar de manera definitiva la doctrina del Código de 1939. El maestro trabajaba de modo paciente y tranquilo. Todo lo que salía de su pluma tenía la fuerza y el esplendor de un estudio profundamente meditado. Él hablaba, como escribía, de modo claro, vigoroso y persuasivo. Nadie lo veía titubear; tenía siempre la seguridad del sabio que transmite la belleza de sus pensamientos sin ostentación. La fascinación de su magisterio estaba en la sencillez de su explicación, en la elegancia de su estilo y la solidez de sus conceptos" (p. 135).

En la tercera parte de su ensayo, el profesor Buzaid señala la influencia de las ideas de Liebman en el moderno Código de Proceso Civil vigente desde 1973 en el Brasil. Como el más destacado discípulo brasileño de Liebman y como autor del proyecto con base en el cual se elaboró el Código de 1973, Buzaid es el más autorizado para precisar

dicha influencia. Ésta se proyectó desde la estructura misma del Código y se extendió sobre numerosos aspectos de su regulación, tales como la acción y las condiciones de su admisibilidad (posibilidad jurídica, legitimación de las partes en interés procesal), el proceso cautelar, la acción declarativa, la substitución procesal, el deber de lealtad de las partes, los poderes de dirección del proceso del juez, la rebeldía, la cosa juzgada, etcétera.

Sin duda, uno de los mejores homenajes que recibe el maestro del procesalismo italiano Enrico Tullio Liebman en el cincuentenario de su fecunda labor docente, es el que proviene del más destacado de sus discípulos, Alfredo Buzaid, quien en este ensayo reitera no sólo su gran capacidad como procesalista, reconocida internacionalmente, sino también las virtudes del afecto y la gratitud del discípulo.—José OVALLE FAVELA.

DENTI, Vittorio, "L'evoluzione del 'legal aid' nel mondo contemporaneo", *Rivista di Diritto Processuale*, año XXXII (II Serie), núm. 4, octubre-diciembre de 1977, pp. 573-595.

Este artículo es la ponencia general presentada por el conocido profesor de la Universidad de Pavía, al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en la ciudad de Gante, Bélgica, del 27 de agosto al 4 de septiembre de 1977.

Como lo aclara el propio autor, la ponencia no considera analíticamente las normas que en cada país regulan la asistencia legal a los no pudientes, sino que trata de precisar las tendencias de solución que, en la evolución reciente de los sistemas jurídicos, se han formulado sobre los problemas del acceso a la justicia por parte de las clases sociales económicamente débiles o marginadas.

En sus consideraciones preliminares, el procesalista italiano explica que la asistencia legal, en el sentido en que es entendida hoy, es el resultado de la evolución de la concepción del proceso, iniciada a fines del siglo pasado, que de considerarlo como garantía meramente formal del derecho a la tutela jurisdiccional, se transformó para entenderlo como garantía de igualdad sustancial de las partes ante el juzgador. Antes de esta evolución, la asistencia legal era concebida sobre bases exclusivamente caritativas, que llevaban a considerar al pobre no como un sujeto de derechos que se encuentra ocasionalmente en condiciones de inferioridad económica, sino como una categoría social con características

de estabilidad, y como tal destinataria de normas que, mientras tienden a satisfacer las necesidades de la categoría, terminan por "cristalizarla", impidiéndole la movilidad social.

Entre los factores que contribuyeron al cambio en la concepción de la asistencia legal, el autor menciona, por una parte, las ideologías sociales que dieron motivo a la difusión de la práctica de la asistencia legal, y alude particularmente la ideología del llamado socialismo jurídico, cuyo máximo exponente fue el austríaco Anton Menger; y por la otra, se refiere a la evolución política de los estados democráticos hacia la realización de una mayor justicia social, que ha llevado a considerar los problemas del acceso a la justicia civil bajo la perspectiva del problema general de la asistencia social, dentro del marco de los problemas del denominado *Welfare state*. Examina también, por un lado, las actitudes asumidas por los abogados —con su ideología de "neutralidad" ante los valores implicados en las controversias, su formación privatista y liberal— frente a los problemas de la asistencia legal; y por el otro, las contribuciones que sobre estos problemas han aportado las investigaciones sociológicas en torno a las relaciones entre pobreza y justicia.

Para el análisis de las principales tendencias para afrontar los problemas del acceso a la justicia, el profesor de la Universidad de Pavía examina por separado las que se han manifestado, respectivamente, en los estados capitalistas, socialistas y en vías de desarrollo.

Entre los estados capitalistas distingue básicamente tres tendencias. En primer término, la tendencia que se orienta a considerar el problema de la asistencia como problema de igualdad ante la administración de justicia, y por tanto, como problema de gratuidad de la prestación jurisdiccional, que puede ser resuelto por diversos medios: la remuneración de la prestación profesional por parte del Estado o con fondos públicos; la actuación de un sistema de *prepaid legal service*, con formas asegurativas aún privadas; la gratuidad de la prestación profesional del abogado, que encuentra compensación en ventajas de diversa naturaleza, conectadas con el *status* profesional. Entre los países que siguen esta tendencia menciona a Italia, España, Bélgica, Austria y Francia.

La segunda tendencia considera los servicios de los profesionistas libres como de interés público y social y los integra en un sistema de asistencia regulado y programado por organismos públicos, aunque sin excluir formas de asistencia de carácter privado. Esta tendencia, aun valiéndose de la actividad de los profesionistas del derecho, la coordina en un sistema orgánico, integrado con la actividad de organismos públicos. En este sentido, el autor analiza las orientaciones y los alcances prácticos de la *Legal Aid and Advice Act* inglesa de 1949.

La última tendencia dentro de los países capitalistas considera la asistencia legal como parte de un amplio servicio social y estima que, en principio, esta actividad de promoción social puede ser desarrollada más coherentemente por organismos públicos, insertos en el contexto de un programa de realización de una más avanzada justicia social. A juicio del procesalista italiano, la más relevante manifestación de esta tendencia ha sido el *Legal Service Program* realizado en los Estados Unidos entre 1964 y 1974, en el ámbito de la *Office of Economic Opportunity* (OEO), creada por la administración Johnson para los fines de la lucha contra la pobreza.

En los países socialistas el problema del acceso a la justicia es considerado en términos radicalmente diversos. En opinión de Denti, el principio fundamental que caracteriza los ordenamientos procesales de los países socialistas, consiste en que la igualdad sustancial se realiza a través de la adopción de formas procesales sencillas, que permitan a todos los ciudadanos obtener una justicia rápida y sin cargas patrimoniales. Este problema es atendido, en particular, a través del deber del juez de auxiliar con sus conocimientos jurídicos a las partes; la exclusión de la obligatoriedad de estar asistido por abogado en el proceso civil; la exención de las costas judiciales en determinadas categorías de controversias (de trabajo, alimentos, etcétera); la organización de la profesión legal en bufetes colectivos; y la participación de determinados órganos públicos (la *Prokuratura*, las organizaciones sociales y los tribunales para reclamaciones de mínima cuantía) en los procesos civiles.

Para Denti la exigencia prioritaria en los países en vías de desarrollo es la de reconciliar la tendencia hacia la racionalización del sistema jurídico con la posibilidad de acceso a la justicia por parte de la gran mayoría de la población. Las condiciones actuales de los países en vías de desarrollo no son propicias para introducir sistemas de asistencia legal de tipo occidental; para facilitar el acceso a la justicia en dichos países, las posibilidades se encuentran en la exclusión de la asistencia obligatoria de abogados, la introducción de procedimientos simplificados, la atribución al juzgador de poderes de iniciativa en la dirección del proceso y en la adquisición de la prueba; así como la institución de órganos especiales de conciliación y el establecimiento de jurisdicciones difundidas para las reclamaciones de mínima cuantía.—José OVALLE FAVELA.

MIGUEL Y ALONSO, Carlos de, "El acceso a la justicia y los tribunales de trabajo en España", *Revista de Estudios Procesales*, núm. 29, marzo de 1977, pp. 9-33, Rosario, Argentina.

En este artículo, el reconocido profesor de derecho procesal de la Universidad de Valladolid, España, explica los orígenes y el desarrollo de la justicia laboral española y analiza, con base en una amplia información estadística, su situación actual.

La creación de una justicia laboral en España, motivada por la falta de idoneidad del enjuiciamiento civil tradicional para resolver de manera rápida y eficaz los conflictos del trabajo, se remonta a la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908. En ésta, los órganos jurisdiccionales del trabajo tenían una integración paritaria: un juez de primera instancia, que actuaba como presidente, y seis miembros nombrados por las partes (tres el trabajador y tres el patrón). Estos tribunales industriales decidían tanto las cuestiones de hecho como las de derecho. El procedimiento previsto era oral y concentrado, con libre apreciación de las pruebas y gratuidad.

La Ley de Tribunales Industriales de 23 de julio de 1912 separó el conocimiento de las cuestiones de hecho —atribuidas a los cuatro jurados, ahora designados por sorteo— de las de derecho —asignadas al juez de primera instancia. En 1926, al lado de los tribunales industriales previstos ahora en el Código del Trabajo de 26 de agosto de ese año, el decreto de 26 de noviembre del mismo año estableció los comités paritarios con facultades para reglamentar las condiciones de trabajo y prevenir y resolver, mediante conciliación y arbitraje voluntario, los conflictos de trabajo. La Ley de 27 de noviembre de 1931 sustituyó los comités paritarios, por los jurados mixtos de trabajo, a los que se asignó competencia jurisdiccional para conocer de determinados conflictos de trabajo.

Por decreto de 13 de mayo de 1938 fueron creadas, como órganos jurisdiccionales profesionales en materia laboral, las magistraturas del trabajo, en reemplazo de los tribunales industriales y de los jurados mixtos de trabajo, que fueron suprimidos. La Ley de 17 de octubre de 1940 consolidó la regulación de dichas magistraturas.

Para el profesor De Miguel y Alonso, los principios básicos que rigen el proceso laboral español son la oralidad —con sus consecuencias de concentración, inmediación y rapidez—, la libre apreciación de las pruebas, la única instancia, la publicidad y la gratuidad.

Con objeto de verificar los resultados prácticos de los tribunales del trabajo en España, el autor realizó primero un muestreo sobre 33 casos

de las magistraturas del trabajo en Valladolid. Entre otros resultados, encontró que el promedio de duración de los procedimientos en primera instancia es de 33 días; y aunque los promedios de duración de los recursos de suplicación y de casación sean de 5 meses 15 días y de 1 año 8 meses, respectivamente, el hecho de que sea muy bajo el porcentaje de los asuntos recurridos (aproximadamente el 4%), permite afirmar al autor que la justicia laboral en España es eficaz, rápida y económica. Para confirmar los datos aportados por el muestreo, el procesalista español acudió también a los datos nacionales de la actuación de los tribunales de trabajo en toda España.

Con base en los resultados de su investigación, el autor observa que las diferencias entre la justicia laboral —rápida y eficaz— y la civil —lenta y costosa— en España, no se explican en razón de los distintos órganos encargados de administrarlas, ya que a fin de cuentas sus titulares pertenecen a la misma carrera judicial: “No se trata ahora de *otros jueces*. Son los *mismos jueces*, que se han encontrado encorsetados en unas normas procedimentales que originan una duración en el juicio civil tipo de nueve a diez meses en la primera instancia, los que ahora, disponiendo de un buen proceso, consiguen dictar sentencia —con todas las garantías procesales— en un plazo medio de un mes” (pp. 32-33). La causa de las diferencias estriba, entonces, no en los jueces, sino en el *instrumento procesal* que éstos tienen que aplicar. Por tanto, concluye, conviene considerar la posibilidad de que los jueces civiles cuenten, como los laborales, con un instrumento procesal más eficaz y rápido y menos costoso, para tratar de adecuar la justicia civil a las necesidades actuales.—José OVALLE FAVELA.

TARUFFO, Michele, “La ricerca della verità nell’ *adversary system* angloamericano”, *Rivista di Diritto Processuale*, año XXXII (II Serie), núm. 4, octubre-diciembre de 1977, pp. 596-634, Padova, Italia.

En este artículo, el joven procesalista italiano Michele Taruffo, profesor de la Universidad de Pavía, formula un interesante análisis crítico en torno a la funcionalidad del *adversary system* angloamericano como método adecuado para la búsqueda de la verdad en el proceso.

La primera dificultad que encuentra el autor radica en la precisión de los rasgos característicos del *adversary system*. Para Taruffo, al margen de las formulaciones extremadamente vagas —como la que lo con-

cibe como el proceso en el cual dos partes están en posiciones iguales frente a un juez imparcial—, y en consecuencia, casi inútiles, la expresión *adversary system* no designa un modelo procesal definido en forma unívoca y suficiente, sino una idea más bien confusa o una genérica aspiración a un modelo teórico, hacia el cual los ordenamientos positivos deberían tender. Dicha expresión también es utilizada para indicar el esquema general de procedimiento característico de los ordenamientos del *common law*, ya en la concreta versión inglesa o ya en la americana, y aun sirve como punto de referencia para juzgar la validez de las más variadas —y a menudo contrastantes— decisiones interpretativas.

Estas dificultades no se resuelven en la comparación —y más exactamente, en la contraposición— que los juristas del *common law* suelen formular entre su modelo y el inquisitivo, ya que, por una parte, tal extrapolación usualmente es hecha sobre la base de modelos ideales, que descuidan las concretas modalidades de cada uno; y por la otra, los sistemas que en concreto ellos consideran como inquisitivos, actualmente ya no son de tal naturaleza, sino mixtos. En términos generales, el modelo inquisitivo sólo tiene actualmente algunas limitadas expresiones en el proceso penal, pero no se da más en el enjuiciamiento civil. Pero aun en el propio *common law* el modelo procesal se ha venido acercando, cada vez más, a uno de tipo mixto, particularmente en el ámbito del proceso administrativo.

Por estos motivos, el autor estima más conveniente el análisis de la relación entre *adversary system* e investigación de la verdad, no al nivel de los sistemas entendidos en su “globalidad”, sino procediendo al examen de algunos de los aspectos más típicos de aquel modelo procesal, con el objeto de obtener inductivamente una apreciación en torno a la funcionalidad del *adversary system* como método procesal de comprobación de la verdad. De esta manera, el procesalista italiano examina la función real de los procedimientos preliminares de *discovery* y de la técnica de interrogatorio a los testigos conocida como *cross-examination*, y el papel que desempeñan el juez y el abogado en el proceso, en relación a la verificación de la verdad.

Después de explicar los orígenes y el desarrollo —relativamente recientes— de la *discovery* en los derechos inglés y norteamericanos, Taruffo sostiene que parece lícito dudar que los mayores inconvenientes del *adversary system* —entre las cuales, el principal es la disparidad de posibilidades defensivas de las partes a causa de su diversa capacidad económica—, puedan ser eliminados con un cada vez más refinado perfeccionamiento técnico de los procedimientos de *discovery*. Al atribuirse de manera exclusiva al monopolio de las partes el empleo de los

más variados instrumentos de investigación preliminar y proscribirse de manera categórica cualquier iniciativa de oficio del juez, la utilización de tales instrumentos tienen mayores probabilidades de producir ventajas a la parte con mayor capacidad económica para poder pagar un abogado hábil y cubrir los elevados costos de la *discovery*, que de favorecer las posibilidades defensivas de la parte débil. En consecuencia, y en términos generales, la ampliación del sistema de la *discovery*, tal como se plantea, puede conducir al aumento de los conocimientos de hecho que las partes puedan preliminarmente conseguir —dentro de los límites de sus posibilidades reales—, pero por sí misma no incide sobre los conocimientos de que dispone el juez, y sobre todo no incide sobre la calidad del juicio que en base a estos últimos va a ser formulado sobre la verdad de los hechos. En último análisis, las últimas tendencias evolutivas de la *discovery* marcan la racionalización del *adversary system* pero no muestran síntomas de su transformación o de modificaciones reales de la ideología que lo inspira.

Al referirse a la posición que asume el juzgador en el *trial* con motivo de la asunción oral de la prueba —posición que estima como la *chiave di volta dell'adversary system*—, el autor explica que, a pesar de algunas atribuciones en materia de producción de pruebas asignadas en nuevos ordenamientos norteamericanos, como el *California Evidence Code* de 1965 y las *Federal Rules of Evidence* de 1975, la experiencia aún se sigue orientando por la visión de un juez empeñado en garantizar el desarrollo ordenado del *trial*, pero sin incidir en el modo en el cual las partes intentan gestionarlo. Los poderes formales del juez, circunscritos por los estrictos límites de la neutralidad que exige el papel de *umpire* asignado por la “teoría deportiva del proceso” del *common law* norteamericano, no se orientan a tratar de obtener la verificación de los hechos del litigio, sino sólo a la conducción correcta de la audiencia.

También son muy interesantes las observaciones que el profesor de la Universidad de Pavía formula sobre la técnica de la *cross-examination*. El autor distingue la forma como es utilizada esta técnica en Inglaterra, llamada *wide open*, en virtud de la amplia libertad que las partes tienen para formular el contra-interrogatorio, y en los Estados Unidos, en donde esta libertad es sumamente reducida, en virtud de la regla que establece que la *cross-examination* debe limitarse a inquirir exclusivamente acerca de los hechos sobre los cuales el testigo haya declarado en la *direct-examination*. (Esta regla tiene mucha semejanza con la costumbre de nuestros tribunales de limitar las llamadas repregun-

tas a las estrictamente relacionadas con las preguntas formuladas a los testigos). Con toda razón, Taruffo opina que si el objeto de la *cross-examination* se encuentra delimitado, en sustancia, por el de la *direct-examination*, la función de la primera se reduce radicalmente en relación a la investigación de la verdad: por una parte, dicha técnica tiende a convertirse, más que en un instrumento de indagación sobre los hechos, en un medio de control sobre la credibilidad del testigo contrario; por la otra, resulta determinante la selección de los hechos sobre los que interroga la parte que ofreció el testimonio, pues de esta manera evita declaraciones sobre hechos desfavorables, ya que no podrán ser manifestados tampoco en el contra-interrogatorio, en virtud de no haber sido objeto de la *direct-examination*. Así, la *cross-examination* deviene en una “técnica de coacción psicológica o de astucia táctica, dirigida a extraer ventajas de la debilidad del testigo en aquello que ha sido eficazmente definido como *genuine combat* o *mental duel* entre el testigo y el abogado” (p. 619).

Por otro lado, la *cross-examination* tiene, además, una función socio-psicológica ante el público norteamericano, de reafirmación de la “concepción deportiva de la justicia”; de un encuentro dialéctico entre dos partes, en el cual prevalece la más hábil en el uso de las armas típicas de la contienda judicial. En consecuencia, la *cross-examination* resulta ser, “más que un instrumento de investigación de la verdad, la forma esencial de una representación no exenta de elementos de teatralidad, en la cual se reafirman y se realizan simbólicamente algunas exigencias éticas, antes que jurídicas, características del estrato profundo de la ideología social norteamericana” (p. 621).

Para el examen de la conexión entre la función del abogado en el sistema angloamericano y el problema de la investigación de la verdad, el autor hace referencia a los diversos deberes que a aquél imponen, en esta materia, los *Canons of Professional Ethic* y el *Code of Professional Responsibility* de la *American Bar Association*. Estos deberes exigen al abogado afirmar la verdad —en el sentido de que no debe declarar conscientemente lo que sea falso—, pero no lo obligan a declarar *toda la verdad sobre los hechos* de la causa. Ante este deber expresado en un sentido negativo, tienen mayor peso los deberes que asignan al abogado el papel de partidario de su cliente: “principalmente por efectos de la estructura del proceso el defensor tiende a batirse con todos los medios para superar al adversario y vencer, resultando indiferente si con ello se verifica o no la verdad, o si el comportamiento del abogado obstaculiza su obtención” (p. 625).

La conclusión del autor resulta evidente: “el proceso *adversary del common law*, especialmente en su versión norteamericana, no parece funcional a la verificación de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia” (p. 629). A partir de esta conclusión, el procesalista italiano formula la hipótesis de que la estructura fundamental de dicho proceso “no está funcionalmente orientada hacia el descubrimiento de la verdad” (p. 630).

Por último, el profesor Taruffo pone de manifiesto la existencia, en la propia doctrina norteamericana, de dos concepciones radicalmente diversas sobre lo que debe entenderse por verdad. Por una parte, la concepción que entiende a ésta como característica de la reconstrucción judicial de los hechos y según la cual el juez verifica la verdad en cuanto su conocimiento se aproxime más a la efectiva realidad histórica de los hechos. La segunda concepción no se preocupa por esta correspondencia, sino por el método procesal a través del cual se llega a la “verdad”; encerrada en una tautología, estima que sólo es verdadero lo que se obtiene mediante el *adversary system*, dando por descontado, obviamente, que éste es el mejor método de verificación de la verdad. Al margen de la debilidad de la argumentación de esta última concepción, ella cumple un papel bien preciso: “conduce a reducir los términos del problema relativo a la relación entre *adversary system* y búsqueda de la verdad, eliminando de raíz eventuales dudas destructivas de la bondad integral del modelo *adversary*” (p. 633).

Se trata, sin duda, de un excelente análisis crítico que contribuye en forma considerable a la comprensión de la relación entre el *adversary system* y la búsqueda de la verdad, y que cuestiona con seriedad numerosas actitudes y creencias hacia tal sistema. Apoyado por un amplio y actual acervo de fuentes —a las que no escapan las investigaciones empíricas de sociología del derecho—, el valioso trabajo de Taruffo profundiza y plantea cuestiones con un rigor poco común y señala notorios avances en el estudio del derecho probatorio comparado.—José OVALLE FAVELA.

HISTORIA DEL DERECHO

HANKE, Lewis, “Cómo estudiar la historia del derecho indiano”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 7, 1978, pp. 121-130, Santiago de Chile.

El profesor Lewis Hanke se ocupa en este breve ensayo del problema del estudio de la historia del derecho indiano, tema muy importante