

REVISTA DE REVISTAS

Derecho procesal ..... 410

## DERECHO PROCESAL

BELLET, Pierre, "Grandeur et servitudes de la Cour de cassation", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 2, abril-junio de 1980, pp. 293-301.<sup>1</sup>

"¿Está la Corte de casación francesa próspera, enferma, moribunda o muerta?" El autor —primer presidente de la Corte de casación— estima que ninguna de estas proposiciones es conforme a la verdad, pues la conclusión cambia según la luz que se proyecta. El papel de la Corte es múltiple, no ha dejado de evolucionar y es complejo.

## I. GRANDEZA DE LA CORTE DE CASACIÓN

1. *Creación y evolución.* La Corte fue creada por la ley de 27 de noviembre-1o. de diciembre de 1790, con la denominación de "Tribunal de casación" que cambió en 1804 por su nombre actual.

Sucedió a una de las secciones del Consejo del rey, el *Conseil des Parties*, competente para examinar cuestiones de justicia. Creada para actuar como centinela e inspector de las leyes, a la Corte le competía censurar únicamente "las contravenciones expresas al texto de la ley", pero se le negó todo derecho de interpretación que quedaba como atributo exclusivo del Cuerpo legislativo. Este sistema del "référé legislativo", que suscitaba una confusión de poderes en favor del legislador, desapareció en 1800, gracias a la sabia influencia de Portalis que destacó: "La ciencia del legislador consiste en elaborar los principios más favorables al derecho común; la ciencia del magistrado consiste en poner en práctica estos principios, en ramificarlos y extenderlos mediante una aplicación prudente y razonable."

Desde esta época, la historia de la Corte de casación es la de una lenta emancipación, tanto en sus métodos como en sus objetivos. Sometida al principio de separación de poderes y a la prohibición de dictar "*arrêts de règlement*" (decisiones generales de las antiguas cortes soberanas, con fuerza de ley), a partir de 1838, la Corte, en un asunto o caso determinado, pudo imponer su solución a la Corte de reenvío, después de dos casaciones sucesivas, así como empezó a gozar de entera libertad para con sus precedentes. En suma, "el juez era el fiel servidor de la ley".

Al transcurrir el tiempo, se impusieron cambios con el surgimiento de la

<sup>1</sup> Conferencia dictada durante la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, en París, el 19 de diciembre de 1979.

civilización industrial y sus repercusiones económicas, políticas y sociales, y fue preciso satisfacer las necesidades nuevas que provocaron. La Corte de casación —en vez de negarse a aplicar a situaciones nuevas los textos existentes y dejar al legislador la tarea de dictar disposiciones apropiadas— empezó a adaptar los textos vigentes y a crear derecho, conforme al artículo 4 del Código civil, para no incurrir en denegación de justicia. Poco a poco, sin ruido ni publicidad, la Corte fue edificando monumentos de jurisprudencia para suplir las disposiciones legislativas ausentes, como en materia de seguros, sindicatos, derecho de huelga y propiedad intelectual; mediante la teoría del abuso de derecho, logró limitar todos los derechos, incluso el de propiedad; en fin, gracias a la teoría del enriquecimiento sin causa, introdujo la equidad en el derecho francés. Pronto, una nueva generación de juristas, con Saleilles, Esmein y Géný, afirmó que la jurisprudencia era fuente de derecho.

Hoy en día, emancipada, creadora activa, en perfecta coexistencia con el Consejo de Estado y el Consejo constitucional, la Corte de casación desempeña múltiples papeles, con una libertad de medios considerable.

2. *Las funciones de la Corte de casación:* a) “Empecemos —apunta el autor— por la que no tiene, que no debe ni puede tener y que a la fuerza se quiere que desempeñe: la de jurisdicción de tercera instancia”; en efecto, la Corte examina solamente la conformidad con la ley de las decisiones de última instancia, sin ser juez de los hechos. Ciertamente, existen en el mundo cortes supremas que presentan aquel carácter; pero, puesto que en Francia se optó por el principio de *double degré de juridiction*, o sea de dos instancias, la Corte no puede examinar sino el punto de derecho que caracteriza cada caso.

b) En segundo lugar, pueden distinguirse una función *individualizante* y otra *generalizante*. Al cumplir con aquélla, “la Corte actúa *a posteriori* para el pasado, con el fin de dar una solución al caso que se le somete”. Las partes no piden sino que la Corte resuelva el asunto examinado, pues, según la fórmula célebre, “el juez es el legislador de los casos particulares”. Pero al mismo tiempo, todo acto jurisdiccional tiene una función generalizante. En efecto, el magistrado que se especializó durante años en una materia debe pensar en las decisiones que dictará en el futuro; debe comparar los casos, y la fórmula que adopte en una sentencia deberá figurar necesariamente en el fallo que pronuncie en un caso parecido. Este deber es principalmente el de la Corte de casación; así lo requiere la seguridad de los justiciables, pues no existe justicia sin seguridad.

c) El tercer objetivo de la Corte es el de *la protección a la ley* y a las formas. Fue creada esencialmente para asegurar el respeto a la ley —pues,

en 1790, así lo exigían la unificación de Francia y la consolidación de los textos revolucionarios. Hoy en día, esta exigencia no ha desaparecido y la Corte sigue velando por el respeto a los textos legislativos. Pero, al mismo tiempo, la alta jurisdicción es *guardiana de las formas*, función que cumple con éxito al combatir el formalismo inútil y al asentar reglas precisas en materia de vicios de forma.

d) En fin, la actividad de la Corte se ejerce en un amplio dominio, que incluye desde el papel de simple servidor de la ley hasta el más audaz creador del derecho. A menudo, se trata solamente de aplicar la regla general a un caso particular y de averiguar lo fundado de la apreciación que los jueces del fondo dieron a los hechos<sup>4</sup> del asunto. En cambio, es tarea delicada de investigar la intención del legislador, al recurrir al análisis gramatical, la exégesis o los trabajos preparatorios. En resumidas palabras, frente a ambigüedades, contradicciones o lagunas, el juez de casación es fuente de derecho; con el asentimiento tácito o expreso del legislador, se convierte en paralegalizador —y la cooperación de poderes se sustituye a su separación.

3. *Los medios de la Corte de casación.* Se trata de saber cómo decide la Corte cuando el sentido de la ley está discutido. El juez de casación aplica una *lógica teleológica*; determina los fines y medios y jerarquiza los principios y excepciones; la equidad también desempeña un papel importante. En fin, la Corte investiga las consecuencias prácticas de sus decisiones, tanto para con las partes como para con el conjunto de los ciudadanos, pues debe cuidar del interés general —“amplia misión, apasionante, siempre difícil y a veces peligrosa . . . que constituye la grandeza de la alta jurisdicción”.

## II. SERVIDUMBRES DE LA CORTE DE CASACIÓN

Las servidumbres de la Corte son en primer lugar las que afectan al orden judicial entero hoy en día: ataques repetidos, inconsiderados, injustos, por parte de la prensa y de numerosos ciudadanos. Pero, además, la Corte “padece males particulares: unos exteriores, otros interiores, y otros más que nacen de la falta de cooperación entre la misma, el legislador, las cortes de apelación, los abogados y la doctrina”.

1. *El mal exterior más grave* se debe a la proliferación de textos legales, a menudo elaborados de prisa y con poco cuidado por una parte, y, por otra, al crecimiento del número de recursos de casación (*pourvois*).

a) Mientras más el legislador entra en detalles más aumentan los riesgos de que se suscite un importante contencioso, pues los principios generales desa-

parecen y se multiplican las dificultades; por otra parte, la tarea, de la Corte es tanto más difícil cuanto que se conservan partes importantes de la legislación decimonónica o de principios de siglo: el legislador añade sin refundir y complica aun el laberinto de las leyes vigentes.

b) “Pero, lo más angustioso es la multiplicación de los recursos de casación: en 1800, hubo 200 recursos para 53 jueces, en 1947, fueron 6 853, y en 1978 más de 14 000 para 108 magistrados.” El aumento resulta desigual según las materias y las épocas; hoy en día es considerable ante la Sala social (*Chambre sociale*) que debe examinar un 400% más de lo que juzgaba hace diez años. La inflación legislativa, la crisis económica y la urgencia conjugan sus efectos para complicar la tarea de los magistrados que ya no pueden estudiar ni meditar debidamente los casos por resolverse. “No se trata de saturación —destaca el autor—, sino de sobresaturación, cuyas consecuencias son la degradación de la calidad del trabajo del magistrado y la necesaria prolongación de los plazos de elaboración de las sentencias”; de ahí el volumen creciente de los litigios pendientes, que es urgente reducir.

2. En la medida en que la Corte de casación se considere *paralegislador* encargado de perfeccionar la obra legislativa, debe llevar a cabo su misión de manera sistemática, al resolver en primer lugar los puntos más importantes, delicados o urgentes; además, debe actuar con rapidez, pues el mundo económico actual no se acomoda con la incertidumbre. Es conveniente que la política jurisprudencial de la Corte se desarrolle rápida y metódicamente. Desafortunadamente, no sucede así en la actualidad: todo depende de los justiciables, y a falta de una iniciativa por parte de éstos, la Corte no puede manifestar su opinión —si bien existe el recurso *dans l'intérêt de la loi* (en favor de la ley) que, a iniciativa del Ministerio público, permite resolver un punto de derecho, fuera de cualquier iniciativa de un particular.

3. Por su parte, *la infinita multiplicación de los motivos de queja* dificulta también la labor de la Corte. La sutileza de los juristas y la presión de los justiciables dieron lugar a que se multiplicaran desmedidamente el número de los motivos que, en 1790, eran dos solamente. La principal dificultad estriba en entender el objeto de la queja, más que en resolverla, en el laberinto de los motivos actuales (insuficiencia, falta de base legal, contradicción de motivos, etcétera). Son necesarios años de práctica para poder ver claro en este embrollo, así como también es necesario combatir “la invasión del hecho” que amenaza la Corte suprema.

4. No existe frontera rígida entre *el derecho y el hecho*, y a la Corte de casación le compete determinarla; pero, por debilidad, indulgencia o gene-

rosidad, no se atreve en hacerlo, de tal suerte que mantiene la incertidumbre.

5. En fin —concluye el autor—, *las relaciones* que existen entre la Corte de casación, el legislador, las cortes de última instancia, los auxiliares de justicia y, principalmente, la doctrina son totalmente insuficientes.

Esta grave ausencia de colaboración con la doctrina, la denunció ya el profesor J. Rivero: “La misión del derecho, la misión del juez, ante todo consiste en crear la seguridad mediante estabilizar y generalizar la regla”; con este fin, el juez debe dirigirse al “hacedor de sistemas, quien, al remontarse de lo concreto hasta lo abstracto y al pasar de lo múltiple a lo uno, se esfuerza en reducir la pluralidad de las soluciones legislativas o jurisprudenciales a algunas fórmulas que destacan los aspectos fundamentales de aquéllas”.

Todo el derecho jurisprudencial se edificó a través de estas sistematizaciones sucesivas, “siempre renacientes como la mar valéryana”, pues, como lo subrayó Portalis, “no puede prescindirse de jurisprudencia más que de ley”.

Monique LIONS

BRONIEWICZ, Witold, “I poteri del giudice in rapporto ai poteri delle parti nel processo civile polacco” *Revista di Diritto Processuale*, núm. 3, 1979, pp. 365-377.

En este interesante artículo, el profesor Broniewicz examina, con rigor, uno de los aspectos que caracterizan en mayor medida al proceso civil polaco, y en general al de los países del sistema socialista, con relación al proceso civil de los países no socialistas (sistema del *common law* y del *civil law*). Se trata de un análisis que interesa particularmente al derecho procesal civil comparado, ya que a través de él se puede percibir la forma en que ha sido asumido o transformado, según el caso, el principio dispositivo en un país socialista. En todo caso, la comparación no se hace, o no debe hacerse al menos, partiendo del prejuicio de que el principio dispositivo tiene un carácter abstracto y ahistórico, y que deber ser por tanto inmutable; por el contrario, la premisa esencial de la comparación es el reconocimiento del carácter histórico y relativo de las instituciones jurídicas. Lo que interesa, en último análisis, es percibir su adaptación a las transformaciones sociales o su transformación misma.

En su trabajo, Broniewicz proporciona un breve marco histórico de la legislación procesal civil polaca, a partir del Código de procedimiento civil polaco de 1932, pasando por la reforma orgánica y procesal de 1950, y

hasta arribar al vigente Código de procedimiento civil, del 17 de noviembre de 1964. Del título preliminar de este ordenamiento, destaca dos de los principios fundamentales que orientan a todo el proceso civil polaco: el de la *verdad objetiva*, de acuerdo con el cual el juzgador debe tratar de examinar, bajo todos los aspectos, todas las circunstancias esenciales de la causa, y tratar de verificar el contenido real de las relaciones de hecho y de derecho, y el principio de la *protección de la propiedad social*.

El procesalista polaco desarrolla la exposición particularizada del tema, abordando los siguientes puntos concretos: 1) La introducción y los límites del conocimiento de la causa; 2) El modo de disponer del objeto litigioso en el curso del proceso; 3) La producción del material probatorio, y 4) La iniciativa en el desarrollo del proceso.

Con relación al primer punto, el profesor de la Universidad de Lodz afirma que en el proceso civil polaco rige la regla de que la introducción de la causa ocurre exclusivamente mediante la proposición de la demanda por la parte interesada, si bien esta regla permite que en algunos casos expresamente previstos en la ley, la demanda pueda ser presentada por el Ministerio Público o bien por las organizaciones sociales del pueblo trabajador. En ningún caso, puede el juez iniciar de oficio el conocimiento del litigio. Asimismo, también rige la regla de que los límites del conocimiento son los establecidos por el actor a través de su demanda. Sólo en cuatro casos específicamente previstos en la ley (cuando el actor es un ente de la economía socializada, y en las causas relativas a las prestaciones alimenticias, al resarcimiento del daño ocasionado por hecho ilícito, y a las pretensiones de los trabajadores derivadas de una relación de trabajo), el juez puede, y más exactamente, debe resolver sin limitarse exclusivamente a los estrictamente pedido por la parte actora, sino tomando en cuenta todas las pretensiones que deben derivar de los hechos afirmados por las partes. El juez debe resolver, en estos casos, más allá de lo pedido (*ultra petita*) pero no fuera de los hechos afirmados por las partes. También se faculta al tribunal de apelación para exceder a los motivos de la impugnación, cuando se trate de la violación al derecho sustancial, la nulidad del procedimiento y la falta de aclaración de todas las circunstancias de hecho esenciales para decidir la causa; puede además, extender la resolución de la apelación en favor del litisconsorte que no haya impugnado la sentencia.

Por lo que concierne al segundo punto, Broniewicz explica que la parte actora puede disponer del objeto controvertido a través del retiro de la demanda (equivalente a nuestro desistimiento de la instancia o de la demanda) y la renuncia a la pretensión (nuestro desistimiento de la acción o de la pretensión); el demandado, a su turno, puede realizar esta disposición por medio del reconocimiento de la demanda (el equivalente al alla-

namiento) y, en fin, ambas partes pueden hacerlo, en forma bilateral, a través de la transacción ante la autoridad judicial. Sin embargo, estos actos de disposición requieren para su validez de la aprobación del juez, quien puede negarla cuando estime fundadamente que tales actos sean “contrarios a la ley o a los principios de la convivencia social o violen gravemente el legítimo interés” de la propia parte. La doctrina ha considerado que se trata de una “disponibilidad controlada”. Es interesante advertir que, en el derecho polaco, la decisión de las controversias relativas al matrimonio y a las relaciones entre los padres y los hijos, no puede basarse exclusivamente en el “reconocimiento de la demanda” (allanamiento), sino que el juez, en todo caso, debe asumir otros medios de prueba.

En lo que atañe al tercer punto, Broniewicz puntualiza que si bien, de acuerdo con el principio de la verdad objetiva, el juez debe tratar de examinar bajo todos los aspectos todas las circunstancias esenciales de la causa y de verificar el contenido real de las relaciones de hecho y de derecho, y por tanto puede ordenar de oficio la práctica de pruebas no propuestas por las partes y disponer investigaciones para establecer las pruebas necesarias, tales poderes del juez no pueden sustituir la iniciativa de las partes: “Si el juez encuentra que los hechos alegados por las partes o bien los medios de prueba indicados por ellas son insuficientes para verificar el contenido real de las relaciones de hecho y de derecho y para decidir la causa, debe hacerlo notar a las partes indicándoles la necesidad de suministrar hechos suplementarios o proporcionar nuevos medios de prueba. Solamente cuando la iniciativa de las partes resulte insuficiente, el juez debe llevar a cabo de oficio actividades que se propongan completar el material procesal” (p. 374). Aquí la doctrina procesal socialista ha intentado explicar estos poderes judiciales con el nombre de principio de la “actividad del juez” o de “colaboración de los sujetos del proceso”. Incluso se ha llegado a pensar que este principio ha suprimido al principio de contradicción, lo cual no nos parece acertado, pues estos poderes del juzgador pueden y deben respetar dicho principio de contradicción, con tal de que en la práctica de las pruebas ordenadas de oficio, el juzgador dé oportunidad a ambas partes de participar, argumentando sobre ellas, interrogando a los testigos y a los peritos, haciendo observaciones, etcétera.

Por último, el profesor polaco señala que el desarrollo del procedimiento depende casi exclusivamente de la iniciativa del juzgador. Una vez iniciado el proceso con la demanda propuesta por la parte actora, el juzgador debe disponer de oficio la continuación del procedimiento, sin que se encuentre condicionado su desarrollo al impulso de las partes. Este poder del juzgador, de impulsar de oficio la marcha del proceso, se ubica dentro de la tendencia que Cappelletti ha denominado “publicización” del pro-



ceso, la cual también se ha manifestado en los procesos civiles de la Europa occidental.

José OVALLE FAVELA

BRONIEWICZ, Witold, "Osservazioni sui mezzi di prova nel processo civile dei paesi socialisti", *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, Giuffrè Editore, 1979, vol. II, pp. 1313-1328.

El autor afirma que la "disciplina de los medios de prueba en el proceso civil de los diversos países socialistas demuestra, al lado de las fundamentales características comunes, también las considerables divergencias" (p. 1313). Pero como no es posible un análisis profundo de la problemática relativa a dicha disciplina en un artículo ("estas breves notas", le llama con modestia), Broniewicz se propone proporcionar un panorama —que finalmente resulta sumamente rico y sugestivo— de los problemas de la materia a la luz de la legislación vigente.

Para la elaboración de este interesante panorama, el procesalista polaco ha tenido en cuenta la legislación procesal civil de seis países socialistas de la Europa oriental, a saber: Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, República Democrática Alemana, Hungría y la Unión Soviética. Alude también, en ocasiones, a las soluciones dadas en el proceso civil de Rumania. Las fuentes doctrinales y jurisprudenciales que utiliza Broniewicz son amplias y recientes, por lo que su trabajo resulta de gran utilidad. La claridad y el carácter sistemático de la exposición del autor, añaden todavía mayores méritos a este excelente estudio comparativo.

El profesor de la Universidad de Lodz empieza por distinguir los procesos civiles socialistas en los cuales los medios de prueba son enumerados taxativamente por la ley, excluyendo la asunción de otros medios no enlistados, de los procesos en los cuales, por el contrario, la ley sólo enuncia los principales medios de prueba, sin excluir la posibilidad de admitir otros. En la primera clase de procesos se encuentran los de la Unión Soviética, Bulgaria y, al parecer, la República Democrática Alemana; en la segunda, los de Checoslovaquia, Hungría y Polonia. No parece que la situación de la primera clase de procesos sea muy coherente con el principio de la verdad objetiva, al cual preconizan orientarse.

Más adelante, Broniewicz entra al análisis de cada uno de los medios de prueba. De la prueba documental destaca su posición relativamente privilegiada, ya que algunas leyes exigen la forma escrita para la conclusión de determinados actos jurídicos, excluyendo o limitando su prueba por otros medios; algunos procedimientos sólo admiten esta especie de medio

de prueba (como el monitorio en Polonia), y, en fin, en la segunda instancia la prueba documental tiene un papel de primera importancia.

Por lo que concierne a la prueba testimonial, a la cual los ordenamientos socialistas denominan prueba por deposición de los testigos, el autor apunta que uno de los problemas más importantes es el de sus limitaciones, a las cuales subdivide en objetivas (prohibición de probar determinados hechos a través del testimonio) y subjetivas, las cuales conciernen a la incapacidad de testimoniar que afecta a determinadas personas, la facultad de abstenerse a comparecer como testigo y la facultad de negarse a responder a determinadas preguntas. Es interesante que en el proceso civil polaco se permita al testigo negarse a responder a las preguntas cuando su declaración pueda exponer a él o a sus parientes próximos a la responsabilidad penal, al deshonor o a un daño patrimonial grave y directo.

Del dictamen o parecer de los peritos, el autor advierte que a éstos no se les considera como auxiliares del tribunal o de las partes, ya que su dictamen se va a agregar a los demás medios de prueba. Es significativo que en los procesos civiles de Hungría y Polonia se prevea, como un dictamen pericial especial, el de los institutos científicos y de investigación, y que en Hungría, el ministro de justicia pueda autorizar al tribunal para pedir el parecer de un colegio de peritos, de un órgano o de una organización, para aclarar o verificar algún dictamen pericial. También es interesante la regulación del examen médico como un dictamen pericial procesal.

Los demás medios de prueba reciben diferentes denominaciones según los países. Así, por ejemplo, los códigos polaco, rumano, húngaro y checoslovaco hablan simplemente de inspección, en tanto que las leyes soviéticas y búlgara la consideran un modo de asunción de las llamadas pruebas reales.

Los ordenamientos procesales civiles socialistas suelen distinguir entre el interrogatorio de las partes, que lleva a cabo el tribunal (a petición de la contraparte o de oficio), de las aclaraciones (“*i chiarimenti*” dice la versión italiana) de las partes, que éstas formulan espontáneamente al principio de la audiencia. Se advierte, por lo demás, la ausencia de la tradicional prueba de confesión y del “juramento”.

Por último, algunos códigos socialistas prevén, de manera especial, algunos medios de prueba no regulados de manera particular en los demás países de la región. Así, por ejemplo, en Polonia y en Hungría se prevé la prueba “por examen del grupo sanguíneo”; en Polonia la prueba por revelaciones cinematográficas, televisivas, fotocopias, proyectos, diseños, discos, cintas y otros mecanismos de fijación y transmisión de imágenes y sonidos, y, en fin, en la República Democrática Alemana, se regulan, como medios de prueba particulares, las declaraciones de los representantes de

colectividades de trabajadores y las aclaraciones de los órganos y empresas estatales.

José OVALLE FAVELA

CORDÓN MORENO, Faustino, "Anotaciones acerca de la legitimación", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núm. 2, 1979, pp. 305-339.

El concepto de legitimación es uno de los que suelen ser objeto de mayores confusiones no sólo en la legislación y la jurisprudencia, sino también en la propia doctrina procesal. Y a pesar de las diversas implicaciones y dificultades que la ambigua utilización de este concepto trae consigo, no es frecuente encontrar elaboraciones doctrinales que intenten precisar, con claridad y sencillez, su significado y su función en el ámbito del derecho procesal.

Éste es quizá uno de los mayores méritos del ensayo de Cordón Moreno, al lograr penetrar con rigor en este difícil tema. Para este autor, la legitimación se presenta, en una primera aproximación, como un presupuesto subjetivo de los actos jurídicos en general, no sólo de los actos procesales. En este sentido, la legitimación es un presupuesto subjetivo de la *eficacia* de los actos jurídicos, y no de su validez. El acto jurídico realizado sin legitimación puede ser válido, pero carece de eficacia jurídica.

Para determinar la naturaleza de este presupuesto subjetivo del acto jurídico, Cordón Moreno empieza por distinguir la legitimación de la capacidad, de acuerdo con cuatro criterios: jurídico-natural, relativo-absoluto, especial-general, eficacia-validez. De esta manera, "mientras la legitimación hace referencia a una situación jurídicamente cualificada del sujeto, relativa al objeto del acto o negocio, especial para un acto o serie de actos y con influencia, generalmente, sobre su eficacia, la capacidad sería una cualidad natural, absoluta y autónoma, general y común para todo tipo de negocios, desplegando su influencia sobre la validez. En definitiva —sostiene el autor—, la capacidad es una cualidad natural, susceptible de ser considerada abstractamente, es decir, capaz de ser estudiada independientemente de un negocio determinado, pues es configurada por la ley para todos los actos (o al menos para la mayoría de ellos); la legitimación, por el contrario, no es tanto una cualidad como una posición, que hace referencia a una relación que se articula entre el sujeto del negocio y el objeto del mismo, por lo que sólo puede ser considerada respecto a cada caso determinado" (p. 307).

La legitimación consiste, pues, en una especial posición del sujeto con respecto a la materia del negocio; esta posición puede venir determinada

por la titularidad del sujeto sobre el bien objeto del negocio (legitimación ordinaria), o por la titularidad de una relación jurídica conexa (legitimación por sustitución o representación). De esta manera, el autor define a la legitimación como el “poder que viene reconocido por el ordenamiento jurídico, bien en base a la titularidad de un derecho subjetivo, bien a una titularidad conexa considerada relevante, y que actúa como fundamento de la eficacia de los actos de disposición realizados sobre aquel derecho” (p. 309).

Como instituto jurídico procesal, la legitimación “hace referencia al poder que viene reconocido por el ordenamiento jurídico para poner en marcha el proceso a fin de conseguir un resultado” (*idem*). En este sentido, la legitimación como instituto jurídico procesal es un presupuesto subjetivo diferente de la capacidad (de ser parte y de actuar como tal), y en ejercicio de dicho poder “un sujeto concreto y determinado puede obtener una situación jurídica posterior respecto a un bien dado en virtud de una especial posición suya respecto a dicho bien” (p. 310).

Delimitado en estos términos el significado procesal de la legitimación, Córdón Moreno formula la distinción entre el concepto de parte y el de legitimación. Basándose en el conocido concepto de parte procesal expresado por Chiovenda, rechaza categóricamente la distinción carnelluttiana entre parte en sentido formal y parte en sentido material y niega que el concepto de parte implique al de legitimación: “Si parte puede ser cualquiera con tal que interponga una demanda o aparezca en ella como demandado, sujeto legitimado sólo puede serlo aquel que, además de lo anterior, se halle en una especial posición respecto a la relación sustancial deducida en juicio” (p. 313).

• Para el autor, la función que corresponde a la legitimación es la de determinar quiénes son los sujetos idóneos para entablar un proceso de modo que la sentencia pueda producir frente a ellos sus “efectos característicos”. La legitimación alude a una determinada vinculación del sujeto con la relación jurídica sustancial deducida en el juicio. Esta vinculación deriva regularmente de la titularidad de la relación sustancial (legitimación ordinaria), pero en ocasiones el ordenamiento jurídico legitima a un sujeto para hacer valer en juicio, en nombre propio, relaciones jurídicas sustanciales de las que no es titular.

Córdón Moreno sostiene que, en definitiva, “la legitimación hace referencia no a una cualidad intrínseca del sujeto (como la capacidad), sino a un poder que le viene conferido por la ley en virtud de una posición anterior en que se encuentra respecto al objeto litigioso (posición legitimante) y que le faculta para acudir a los tribunales pidiendo una resolución judicial respecto al objeto mismo” (p. 319).

Con este concepto, el autor analiza las relaciones entre la legitimación y la representación (donde rechaza la identificación entre legitimación *ad processum* y capacidad de comparecencia), el alcance de la legitimación por sustitución, así como la legitimación pasiva, con especial referencia al problema del litisconsorcio pasivo. Por último, Córdón Moreno examina el tratamiento procesal que debe darse a la legitimación. En su opinión, este requisito subjetivo no constituye un verdadero presupuesto procesal, como sí lo es la capacidad. Sin pretender polemizar, pensamos que las dificultades que manifiesta el autor para admitir esta característica, se podrían superar si distinguiera entre la legitimación (procesal) como presupuesto de la relación procesal (que se agota con la afirmación de ser el titular de la relación sustancial o el sustituto), de la legitimación (sustancial) como presupuesto para obtener sentencia favorable (titularidad efectiva). La primera debería ser tratada como los demás presupuestos procesales y la segunda podría ser controlada exclusivamente hasta la sentencia.

José OVALLE FAVELA

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo IX, núm. 2, año 1979, 1980, pp. 99-149.

Es evidente que una de las instituciones que mayor difusión y eficacia ha tenido en los últimos tiempos, dentro de los instrumentos para la protección de los derechos de los administrados frente a la administración pública, ha sido la del *Ombudsman*. Creado por la ley constitucional sueca del 6 de junio de 1809 como comisionado del Parlamento con objeto de fiscalizar las resoluciones de los tribunales, posteriormente extendió su función de contralor a la actividad administrativa del Estado, sector en el que ha desplegado amplia y eficazmente su labor de vigilante del respeto de los derechos de los administrados. Esta labor la lleva a cabo de oficio o con motivo de las denuncias o quejas de los administrados, y aun a partir de informaciones periodísticas; puede realizar las investigaciones necesarias y formular las recomendaciones que estime pertinentes, aunque carece de facultades para revocar o anular los actos de las autoridades administrativas. De los resultados de sus gestiones, el *Ombudsman* debe rendir un informe anual al Parlamento.

En su excelente y documentado estudio comparativo sobre el *Ombudsman*, Fix-Zamudio expone los orígenes suecos de esta institución y su difusión inicial en los países escandinavos: Finlandia (1919), Dinamarca (1953)

y Noruega (1952), advirtiendo, en cada caso, las modalidades que asumió la institución estos países. Más adelante, el destacado comparatista mexicano examina el surgimiento y desarrollo de esta institución en tres países pertenecientes a la familia jurídica anglosajona: Nueva Zelanda (1962), Gran Bretaña (1967), Irlanda del Norte (1969) y Australia (1971), así como en otro muy vinculado a dicha familia: Israel (1948).

También analiza el autor la introducción del *Ombudsman* en varios países europeos: la República Federal de Alemania (1956), Francia (1973), Italia (1974) y Suiza (1971). Por separado, Fix-Zamudio estudia la difusión y las modalidades propias que la institución ha adquirido en Canadá (1967) y los Estados Unidos (1967). Después de examinar algunos proyectos para la introducción de la institución en otros países y en el ámbito supranacional y comunitario, el comparatista mexicano expone la forma y las modalidades con que dos países iberos han adoptado dicha institución: Portugal (1975), a través del promotor de la justicia, y España (1978), por medio del defensor del pueblo. Termina este amplio estudio comparativo con una reflexión sobre la posibilidad de introducir el *Ombudsman* en América Latina, y particularmente en México, y con la exposición de las conclusiones del autor.

En su exposición, Fix-Zamudio distingue con claridad las características del modelo original del *Ombudsman* —el modelo escandinavo—, de las que ha asumido la institución al difundirse y desarrollarse en otros países y ambientes: el *Ombudsman* británico, con acceso indirecto de los administrados a través de los miembros del Parlamento; el *Médiateur* francés, que además de tener acceso indirecto, es nombrado por el gobierno y no por el Parlamento, y el llamado *Executive Ombudsman*, que se ha desarrollado sobre todo en países con sistema de gobierno presidencialista —como es el de Estados Unidos—, en los cuales la institución ha adquirido modalidades particulares.

El amplio y documentado estudio comparativo del profesor Fix-Zamudio permite advertir cómo una institución surgida de la necesidad general de proteger los derechos de los administrados frente a la actividad de la administración pública —en inevitable incremento en todas partes del mundo—, asume peculiaridades y modalidades particulares en cada país, impuestas por el diferente sistema político, contexto social y cultural y los diversos niveles de desarrollo económico. Muestra las diversas actitudes y reacciones ante una institución de signo evidentemente democrático, entre cuyas finalidades destacan las de racionalizar el ejercicio del poder y de preservar los derechos de los administrados.

Se trata, en fin, de un valioso y ejemplar estudio comparativo orientado por fines de política legislativa —de acuerdo con la caracterización de

Denti—, ya que, además de contener un rico y sistemático panorama de los orígenes y el desarrollo del *Ombudsman* en el mundo, permite valorar las posibilidades de la introducción de esta institución en nuestros países latinoamericanos, tan urgidos de mecanismos y de instrumentos que, en forma permanente y efectiva, racionalicen el ejercicio del poder y aseguren la vigencia del derecho.

JOSÉ OVALLE FAVELA

MUÑOZ SABATÉ, Luis, "Introducción a una semiótica probática (ciencia de los indicios)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núm. 1, 1980, pp. 165-198.

Luis Muñoz Sabaté es el autor de los estudios probatorios más originales que se han publicado en lengua castellana. Entre sus obras, podemos recordar *Técnica probatoria. Estudio de las dificultades de prueba en el proceso* (Barcelona, Ed. Praxis, 1967); *La prueba en los arrendamientos urbanos; semiótica arrendaticia* (Barcelona, Ed. Hispano Europea, 1968); *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados* (*idem*, 1972); *La prueba de la prestación mercantil; semiótica del débito y del pago* (*idem*, 1974).

En todas sus obras, Muñoz Sabaté ha insistido en la necesidad de utilizar, en forma científica, los indicios para tratar de resolver uno de los puntos más débiles de la administración de la justicia: la dificultad probatoria en el proceso. Muñoz Sabaté ha procurado, más que analizar y sistematizar el derecho probatorio, estudiar y proponer soluciones a los problemas que plantea el conocimiento de los hechos en el proceso. En ella, el autor ha recurrido al análisis de numerosas resoluciones judiciales para extraer soluciones y formulaciones generales.

En el artículo que ahora reseñamos, Muñoz Sabaté, siguiendo los mismos propósitos y similar metodología, procura demostrar la posibilidad y la necesidad de que el derecho, y en particular la "probática", utilice las aportaciones de la semiótica o semiología, entendida ésta como la ciencia que estudia los sistemas de signos. Esta "relación cooperativa" se puede establecer, en opinión Muñoz Sabaté, a partir de la equivalencia que guardan los signos con los indicios. De esta manera, entiende a la semiótica probática como "la ciencia que (trata) de la prueba de los hechos en el derecho mediante el empleo de los indicios" (p. 197).

El autor precisa que no se debe confundir el derecho probatorio con la probática. Esta es "la ciencia o disciplina que trata de la prueba de los hechos en el derecho" (p. 168). Pero no es una disciplina jurídica, como

sí lo es el derecho probatorio; “es una disciplina casi totalmente metajurídica, o en reciprocidad, una disciplina eminentemente factual, cuyo desarrollo es tan incipiente, o mucho más embrionario todavía que la propia semiótica” (p. 168).

Para Muñoz Sabaté, “el tratamiento semiótico de la prueba judicial equivale a un tratamiento científico”; para sostener esta afirmación, el autor se basa en que “la probática debe procurar seguir hasta donde sea posible los modelos de la ciencia en la cual subyacen los conceptos de probabilidad e inferencia estadística” (pp. 168-169).

El autor señala que si “el signo es el elemento clave de la semiótica general, el indicio lo es de la semiótica probática” (p. 170). En el proceso signico existen cuatro elementos claves: un objeto presente, un objeto oculto, una relación entre ambos y un sujeto interpretante.

Dentro de las tres clases de signos a que alude el semiólogo Pierce (*símbolos*, relacionados arbitrariamente con su objeto; *iconos*, semejantes a su objeto, e *índices*, relacionados físicamente con su objeto), Muñoz Sabaté recurre a esta tercera clase para precisar el concepto de indicio: “El indicio es una expresión o función signica que tiene un fundamento objetivo independiente del sujeto que lo interpreta y guarda una conexión natural con el objeto a quien sustituye o representa” (p. 171).

Más adelante, distingue con precisión entre indicio y presunción. Los indicios, de acuerdo con Stein, “son acontecimientos o circunstancias a partir de las cuales y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba” (p. 172). En cambio, como ha puntualizado Serra Domínguez, la presunción “es una actividad intelectual del juzgador que, partiendo de un indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente”.

En su profundo y riguroso trabajo, Muñoz Sabaté subraya el carácter de fenómenos perceptibles que tienen los indicios y las grandes posibilidades que proporciona su utilización científica para conocer los hechos en el proceso; precisa las relaciones que se dan entre el indicio (*probatum*) y el hecho representado (*probandi*); clasifica los indicios en materiales y conductuales según tengan una fuente natural o un emisor humano; examina el problema del reconocimiento de los indicios; formula lo que llama la hipótesis probática (“una inicial suposición frente a cualquier hecho percibido por el intérprete en un marco dado, y según la cual, dicho hecho guarda una relación empírica potencial con otro hecho oculto y de interés jurídico”), y, en fin, sugiere la formación de un código indiciario no en el sentido jurídico sino semiótico, para recopilar los indicios en razón de cada *thema probandi*. Dicho código o exposición semiótica “debe estructurarse



del siguiente modo: descripción de cada indicio añadiendo a la misma sus diversas correlaciones; descripción de sus formas de fijación, y estimación de esas concordancias y convergencias a tenor de juicios lógicos y de máximas de experiencias" (p. 197).

José OVALLE FAVELA

## DERECHO SOCIAL

FLORES PINEL, Fernando, "El estado de seguridad nacional en El Salvador.

Un fenómeno de crisis hegemónica", *Foro Internacional*, México, vol. XX, núm. 4, abril-junio, 1980, pp. 575-600.

El número de la revista, en conjunto, está dedicado a la situación centroamericana que, a partir del año pasado, se puso en primera línea de atención de los estudiosos de las relaciones internacionales y la política latinoamericana. Contiene varios trabajos sobre los diversos países de la región y análisis globales sobre la situación.

Flores Pinel, hace un excelente estudio sobre la situación salvadoreña, que ayuda a entender la complejidad del proceso doloroso que en ese país se vive. Parte de la idea de que debe aclararse la doctrina de la seguridad nacional como práctica y doctrina de los ejércitos latinoamericanos y centroamericanos en especial, en cuyo estudio poco se han detenido los interesados. El modelo liberal que partía de la idea de que los ejércitos eran esencialmente apolíticos, obedientes al poder civil y limitados a la defensa de la nación frente al exterior, se ha visto puesta en crisis, dando paso al modelo de la seguridad nacional, dentro del cual se produce una participación política de los militares sin precedentes y sin eufemismos. Éstos aparecían únicamente en momentos anormales, representando patologías caudillistas o como terapeutas de excesos de corrupción de los políticos civiles. Actualmente la situación es otra, porque se ha elaborado una doctrina completa que legitima su participación y control del proceso político.

Desde el punto de vista de Estados Unidos, la doctrina de la seguridad aparece desde el siglo pasado con la doctrina de Monroe y su derivación panamericana a finales del siglo, como defensa del territorio americano contra injerencias europeas. Después de la primera y especialmente la Segunda Guerra Mundial, reaparece en un nuevo contexto, identificando a la Unión Soviética como país agresor y al comunismo como doctrina subversiva. Pero la revolución cubana viene a centroamericanizar la Guerra Fría. En la región, un bloque de gobiernos, comandados por sus ejércitos, asumen la defensa de la civilización occidental cristiana en contra de todos los que