

de varios principios éticos fundamentales que hacen a la base de la convivencia social, pero que tampoco reconoce ningún ingrediente considerado éticamente altruista" (p. 71). Para precisar la existencia de la brutal ferocidad se determina una característica connotativa: en aquélla se presenta, "conforme a las valoraciones culturales del grupo humano al que pertenece el autor, una notoria y grosera desproporción entre el estímulo y la conducta homicida".—Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

DERECHO PROCESAL

BUZUID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. "Revista di Direito Processual Civil", 6º vol., 1967, pp. 25-68. São Paulo, Brasil.

El distinguido procesalista examina con gran profundidad el apasionante tema del rezago del Tribunal Supremo Federal Brasileño, que preocupa a los tratadistas del hermano país amazónico, como ocurre con la Suprema Corte de Justicia en México.

Examina los antecedentes históricos que influyeron en la creación del citado Tribunal creado por Decreto Nº 948 de 11 de octubre de 1890, cuyos lineamientos se incorporaron en la Constitución Republicana de 24 de febrero de 1891; remontándose el profesor Buzaid al proceso romano, particularmente la *querela nullitatis*, que a su vez sirvió de precedente a la Corte de Casación francesa, que surgió en 1790 como apéndice de la Asamblea Nacional y se transformó en el vértice del Poder Judicial por la ley de 1º de abril de 1837.

Analiza el autor el desarrollo de la casación desde el punto de vista comparativo, en sus dos corrientes fundamentales, la francesa que fue seguida por Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, España y Grecia y la germánica que adoptaron Alemania, Austria, Suiza y Portugal, a través del llamado recurso de "revisión", siendo este último sistema el que debía haber tenido una mayor influencia en el Brasil, pero en realidad, se tomó en cuenta con mayor fuerza el ejemplo de la Corte Suprema de los Estados Unidos al establecer el Supremo Tribunal Federal, y particularmente el medio de impugnación que actualmente se conoce como "recurso extraordinario", y que se inspira en el llamado *writ of error* del derecho angloamericano, particularmente en los Estados Unidos, de tal manera que se deja a los tribunales locales la apreciación soberana de las cuestiones de hecho, y sólo se puede acudir al "recurso extraordinario" como remedio excepcional a fin de asegurar la primacía de la ley federal.

Examina el profesor Buzaid la evolución de la competencia del Supremo Tribunal Federal, que se acrecentó en 1926 con la reforma constitucional, que si bien pretendió aclarar el texto del artículo 59 de la Carta de 1891 para suprimir la tendencia de acudir al citado Tribunal Supremo en la hipótesis de la errónea aplicación de la ley por los tribunales inferiores —algo similar a lo que ocurrió en el sistema mexicano con la interpretación extensiva del artículo 14 de la Constitución de 1857—, pero en cambio le confirió la competencia de conocer de los casos de la interpretación diversa de la ley federal otor-

gada por dos o más tribunales, o cuando se controvirtiera una cuestión de derecho criminal o de carácter civil internacional.

La competencia siguió incrementándose en la Constitución de 1934, que por otra parte redujo los integrantes del Tribunal Supremo de quince a once, y esta situación se agravó con la Constitución de 1946, que creó el llamado recurso ordinario constitucional, es decir, la competencia del propio Tribunal Supremo para conocer del *habeas corpus* y del mandamiento de seguridad, cuando los tribunales locales o federales, de acuerdo con su competencia, hubiesen dictado una resolución denegatoria de la protección —esta situación no ha variado en la Carta vigente de 1967— todo lo cual ha determinado que el rezago hubiese crecido incontenible, por lo que se requiere de una reforma que pueda descargar al citado Tribunal Supremo Federal de una competencia excesiva.

Se han propuesto diversos remedios, y el profesor Buzaid con gran agudeza recurre a los sistemas que han seguido otros países con el mismo fin, mencionando la reforma mexicana de 1951 que creó los Tribunales Colegiados de Circuito como auxiliares de la Suprema Corte —y que en la reforma que entró en vigor en octubre de 1968 descarga aún más la competencia de la Corte en beneficio de los citados Tribunales Colegiados, que aumentan en número— las facultades discrecionales que a través del *writ of certiorari* se confirieron a la Suprema Corte de los Estados Unidos en la reforma de 1925; el crecimiento de la Corte de Casación francesa según reforma de 1957, etcétera.

Concluye este excelente estudio con la reflexión de que siendo el Tribunal Supremo Federal en la actualidad un cuerpo judicial híbrido que participa de las características de una corte de casación y de un tribunal constitucional, debe dejársele la competencia estrictamente relativa a la constitucionalidad de las leyes y de la invasión de las esferas federal y local, y los asuntos relativos a la correcta aplicación de las leyes, conferirse a un verdadero tribunal de casación, que debe crearse para aliviar así el rezago que padece actualmente el referido Tribunal Supremo Federal del Brasil.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

FIOCCA, Joseph V. y BYSE, Clark, *Section 1361 of the Mandamus and Venue Act of 1962 and "Nonstatutory" Judicial Review of Federal Administrative Action*. "Harvard Law Review", vol. 81 núm. 2, diciembre de 1967, pp. 308-355. Cambridge, Mass., EUA.

En el año de 1962 se hizo una reforma al juicio de *mandamus*, de tal manera que fuera más rápido, práctico y barato en la revisión de los actos de la administración federal norteamericana. El profesor Byse, de la Universidad de Harvard, fue uno de los autores de esta reforma. Por eso tiene interés conocer este artículo en que se trata uno de los problemas más importantes de nuestra época, como lo es el de la revisión judicial de los actos administrativos, ante el crecimiento imponente de la administración frente al individuo.

Uno de los principios que rigieron esta reforma fue que el *mandamus* estuviera más al alcance de las personas y más barato, de tal manera que no fuera necesario ir hasta un tribunal federal del Distrito de Columbia, sino que fuera posible intentarlo ante una corte local. El autor examina las ventajas

de la *injunction* para revisar judicialmente los actos de los funcionarios y empleados. Porque debe tenerse en cuenta el principio de que el Estado (y el Gobierno), gozan tradicionalmente de inmunidad soberana y de que solamente las personas físicas del propio organismo público pueden ser enjuiciadas por sus actos si han violado la ley en que han pretendido apoyarse. El remedio más usual ha sido la *injunction*, a veces conjuntamente con la petición de una declaración judicial apoyada en la ley de Declaración Judicial de 1964.

Existe la posibilidad de utilizar el *mandamus* como forma de revisión judicial de los actos administrativos, diferente del sistema de equidad, apoyándose en la sección 10 de la ley de Procedimientos Administrativos de 1967. Pero el sistema del *mandamus* (de *common law*, tradicionalmente) se estima generalmente como inferior al de equidad. Pero son los principios de equidad los que deben regir reformas posteriores a la ley de 1962, en vez de los principios del *mandamus*.

Los autores examinan los cinco años de vigencia de la reforma de 1962 a través de algunas de sus resoluciones, con lo cual se obtiene una idea más realista de la forma en que opera este sistema de revisión de los actos administrativos.—LUCIO CABRERA.

FLORIS MARGADANT. *El procedimiento penal soviético. v. DERECHO COMPARADO.*

GARRIDO MONTT, Mario. *Algunas consideraciones sobre la organización de los tribunales de justicia.* "Revista de Derecho y Ciencias Sociales", año xxxv, núm. 141, julio-septiembre, 1967, pp. 67-98. Concepción, Chile.

Se ha formado una conciencia en los medios donde se estudia y se aplica el derecho, de la seria contradicción que existe entre las instituciones jurídico-legales y la realidad a la cual pretenden reglar. En esta materia es importante conocer la idiosincrasia del país y conforme a ella elaborar y proyectar el deber ser legal. Entre las múltiples condiciones que se deben valorar al respecto, existen tres órdenes de ellas que parecen esenciales: las económicas, las demográficas y las geográficas. Pero desgraciadamente, hay ciertos conceptos que a pesar de encontrarse fuera de época, siguen siendo considerados pilares para una adecuada organización judicial. Entre ellos está el de que los juzgados deben encontrarse próximos a los lugares donde ocurren los hechos y junto a los establecimientos de detención. Esto ha llevado a distribuir los tribunales, en los grandes centros poblados, por diversos barrios y comunas, en locales que generalmente nunca se pensó destinar a semejante finalidad. Las modificaciones efectuadas en relación a la organización de los juzgados, con el objetivo de salvar situaciones muy locales y sin tener en cuenta panorámicamente la estructura global se han traducido en un sistema judicial especial para el centro de Chile y de uno diverso para el resto. Es innecesario insistir en la conveniencia de mantener un sistema único y general, pues es algo tan evidente que no se requiere de argumentación para sostenerlo, suficiente es considerar que la formación del funcionario judicial, el ejercicio de la profesión de abogado y la comparecencia de los ciudadanos que requieren la atención

de los tribunales, la exigen plenamente. Por otro lado, la justicia de menor cuantía en su mayor parte está en manos de legos y es necesario que la sirvan personas con conocimientos básicos. En materia educacional se ha hecho una amplia reforma y para resolver el problema se enfrentó el Estado a la escasez de pedagogos creándose un profesor especial formado en pocos años. La audacia y agilidad empleada en materia educacional debe extenderse a la reforma judicial. Garrido concluye indicando que ha querido llamar la atención de los juristas, para que abandonen la costumbre de enfocar el problema judicial del país, parcelándolo según la rama de derecho que entre en juego; que debe estudiarse como un todo integral, donde tanto tribunal como procedimiento, formación del proceso, requerimientos sociales, capital humano y recursos económicos existentes, se consideren en conjunto, pues de no ser así, nunca podrá haber un objetivo claro de lo que debe ser la justicia.—Humberto BRISEÑO SIERRA.

GREMENTIERI, Valerio. *L'indipendenza dei giudici della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*. "Rivista di Diritto Processuale", año XXII, II serie, núm. 4, octubre-diciembre de 1967, pp. 643-660. Padua, Italia.

El autor examina con detenimiento las disposiciones de los tratados de las Comunidades Europeas, en cuanto aseguran la independencia y estabilidad de los magistrados integrantes de la Corte de Justicia de las propias comunidades, comparando esta situación con la que prevalece con otros organismos similares, tales como la Corte Internacional de Justicia de La Haya y la Corte Europea de los Derechos del Hombre, con residencia en Estrasburgo.

El número de magistrados es de siete, y los tratados respectivos nada disponen sobre la posibilidad de que puedan ser designados jueces de países no signatarios de tales tratados comunitarios, lo que ha llevado a la doctrina a sostener que la respuesta debe ser afirmativa.

Por otra parte, precisamente para asegurar la imparcialidad de los juzgadores, el artículo 16, fracción segunda del Estatuto de la Corte prohíbe la designación de jueces *ad hoc* de acuerdo con la costumbre que se sigue en otros tribunales internacionales, precepto que en la situación actual carece de importancia práctica, puesto que todos los países signatarios están representados, pero sí puede tenerla en el futuro, en que una controversia podría plantearse sin que uno de los Estados interesados se encuentre representado en la propia Corte.

Los magistrados de la Corte de las Comunidades son designados por seis años de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros entre personas destacadas que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas en sus respectivos países para las más altas funciones jurisdiccionales, o bien, entre juristas de notoria competencia; lineamientos que se consideran adecuados, aun cuando se estima que el plazo es breve para la estabilidad de la Corte, no obstante que la misma resulta asegurada, al menos en forma relativa, si se toma en consideración que los magistrados pueden ser reelectos y, además, porque sólo son removidos por decisión unánime de los otros miembros de la misma Corte.

Otros aspectos importantes que examina Grementieri se refieren a la inmu-

nidad de los magistrados en relación con el ejercicio de sus funciones, y que continúa después de la cesación de sus funciones, y esta inmunidad sólo puede ser afectada por decisión unánime de la Corte misma, y en ese supuesto, el responsable, sólo puede ser sometido a proceso ante los órganos competentes para juzgar a los más altos magistrados nacionales.

También se ha previsto la posibilidad del impedimento y de la recusación (aunque esta última sólo implícita) de los magistrados de la Corte, pero en cambio no están facultados para emitir opiniones disidentes —en nuestro sistema, votos particulares— ya sea sobre los dispositivos o respecto de las consideraciones de los fallos, los que se consideran muy convenientes, de acuerdo con la tradición angloamericana y que también se han adoptado en la Corte Internacional de La Haya y en la Corte Europea de los Derechos del Hombre, ya que resulta muy importante para su independencia, que los juzgadores puedan expresar puntos de vista contrarios o diversos de los de la mayoría.

El autor concluye en el sentido de que, en términos generales y salvo los aspectos secundarios que señala, está plenamente garantizada la independencia de los jueces de la Corte de las Comunidades Europeas, tanto respecto a otros órganos comunitarios, como en relación con los Estados miembros.—Héctor Fix-ZAMUDIO.

HERCE QUEMADA, Vicente. *La conciliación como medio de evitar el proceso civil*. "Revista de Derecho Procesal", enero-marzo de 1968, pp. 51-68. Madrid, España.

El distinguido procesalista español aborda un tema que ha pasado por diversas situaciones en la doctrina, desde el entusiasmo hasta la desilusión, al menos en cuanto su aplicación en el proceso civil, ya que por el contrario, ha venido asumiendo cada vez mayor importancia en las controversias laborales.

Con gran penetración, el autor señala la conveniencia de incrementar la solución de las controversias por medio de la conciliación, ya que la administración de justicia, es, en la actualidad, enormemente costosa para los litigantes, y sin embargo los particulares siguen aferrados en acudir a la vía del proceso, con todos sus inconvenientes.

El profesor Herce analiza el encuadramiento de la conciliación entre los medios de evitar el proceso civil, tales como la transacción y el arbitraje, aun cuando la situación de este último no sea muy clara en este sentido, ya que como el mismo autor lo reconoce, es más propiamente un sustituto del proceso mismo.

En segundo lugar analiza los medios para la resolución de las controversias, que divide en persuasivos y coactivos, en la inteligencia de que en los primeros la solución se basa en un acuerdo entre las partes y en los segundos la misma solución es impuesta a las partes, y estima que la conciliación es el medio para llegar a la solución persuasiva a través de la renuncia, el allanamiento y la transacción.

A continuación se realiza un análisis cuidadoso de la legislación comparada examinando el autor la regulación de la conciliación en materia civil en Francia, Alemania, Italia, el Código de Procedimiento Civil de la ciudad

del Vaticano, Austria, el anteproyecto de Código del proceso civil brasileño, y desde luego, en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española; observando que esta institución ha fracasado cuando se ha pretendido darle un carácter obligatorio, tanto en su carácter preventivo como intraprocesal.

Examina también los diversos criterios doctrinales sobre la naturaleza de la conciliación, y después de desear la corriente que la considera como un acto jurisdiccional, se afilia al punto de vista que la califica como jurisdicción voluntaria, y en este aspecto disintimos del profesor Herce Quemada, pues si bien la propia conciliación de ninguna manera puede estimarse como jurisdicción, tampoco puede clasificarse dentro del impreciso territorio de la llamada jurisdicción voluntaria.

En efecto, como lo ha puesto de relieve Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en su fundamental monografía: *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947, pp. 67 y ss., y 182), la conciliación pretende solucionar no solamente un litigio sino una controversia entre dos partes que sustentan pretensiones opuestas, de manera que tiene por objeto la prevención del proceso a través de la autocomposición del litigio.

Por el contrario, concordamos con la conclusión del profesor Herce sobre la necesidad de incrementar la solución de controversias civiles por medio de la conciliación, siempre voluntaria como medio preventivo, y facultar al Juez para intentarla de oficio en su modalidad intraprocesal, para evitar hasta donde ello sea posible, los males inevitables del proceso.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

KAUPER, Paul G. *The Supreme Court: Hybrid Organ of State*. "Southwestern Law Journal", vol. 21, núm. 3, otoño de 1967, pp. 573-590. Dallas, Texas, EUA.

La naturaleza judicial o política de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sido incesantemente debatida por la doctrina, y el tema asume nuevo interés debido a las recientes orientaciones del referido Tribunal Supremo, que ha venido resolviendo cuestiones de gran trascendencia política tales como la integración racial, y la reestructuración del sistema del sufragio popular en numerosas Entidades Federativas.

El profesor Kauper estudia este problema con gran profundidad y con una abundante documentación sobre los criterios más recientes de la Suprema Corte, que le sirven para apoyar su criterio, en el sentido de que paulatinamente se ha ido acentuando la coloración política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al resolver los aspectos constitucionales, pero conservando su naturaleza judicial respecto de los asuntos ordinarios de su competencia.

A este respecto, el autor compara la Suprema Corte de su país con los Tribunales Constitucionales recientemente establecidos, según el modelo austriaco (Constitución de 1920-1929), en varios ordenamientos jurídicos de la segunda posguerra, como los de Alemania Federal, Italia, Turquía, Yugoslavia, etcétera, que están estructurados tanto en su composición como en su funcionamiento como organismos claramente políticos.

En opinión del autor, el conocimiento de los problemas relativos al control de la constitucionalidad de las leyes, y en general de los actos de autoridad,

constituye una función diversa de la que realizan los tribunales ordinarios, ya que el poder de mantener la integridad del orden fundamental, no debe considerarse judicial sino claramente político.

El profesor Kauper se refiere a la evolución que en este sentido se advierte respecto de la actividad de la Suprema Corte de Norteamérica, que la ha aproximado notoriamente a la de los citados órganos especializados de justicia constitucional, si se toma en cuenta que desde hace tiempo sólo formalmente puede estimarse que los problemas de carácter constitucional se plantean en la propia Corte como una cuestión puramente incidental surgida en una controversia ordinaria, debido a que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos posee facultades discrecionales para determinar los asuntos de su conocimiento, existiendo un verdadero propósito por allegarse las cuestiones fundamentales que derivan de la Constitución, no sólo a través de los procedimientos tradicionales, sino por conducto de ciertas impugnaciones de equidad, y especialmente, a través de la acción o sentencia declarativa.

El autor considera que no obstante el aparente peligro de una posible dictadura judicial, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha realizado sus funciones crecientemente políticas, con un criterio de equilibrio, pues no obstante su extraordinaria fuerza política, la Corte sólo puede imponerse a través de su prestigio moral, y concluye en el sentido de que la propia Corte constituye un órgano híbrido, mezcla de poder político y de actividad judicial, con un arraigo considerable en la opinión pública, en virtud de la dedicación, integridad y patriotismo con el cual sus integrantes realizan esas delicadas funciones, así como la extraordinaria contribución que han hecho a la teoría y práctica del constitucionalismo y al sistema de las libertades fundamentales.—**Héctor FIX-ZAMUDIO.**

LEGRANGE. *The Court of Justice as a factor in european integration*. v. DERECHO COMPARADO.

LESAGE. *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Roumanie (Analyse de la loi du 26 juillet 1967, ...)*. v. DERECHO ADMINISTRATIVO.

MAISANO, Miguel Atanázio. *Do mandado de segurança preventivo*. "Revista de Direito Processual Civil", 69 volumen, 1967, pp. 241-258. São Paulo, Brasil.

El autor analiza el aspecto muy controvertido, particularmente por la jurisprudencia, de la admisibilidad del mandato de seguridad contra actos de autoridad que signifiquen sólo una amenaza o un peligro para el peticionario, pero que todavía no se hubiesen ejecutado.

Aun cuando el estudio se refiere a las disposiciones constitucionales de 1946, sus puntos de vista son aplicables a las relativas de la Carta vigente de 1967, que no introduce modificaciones respecto a esta institución procesal, que en cierto aspecto puede estimarse similar al juicio de amparo mexicano.

Después de realizar un recorrido histórico respecto al origen y la evolución del mandamiento de seguridad, el jurista brasileño analiza cuidadosamente tanto el texto constitucional de 1946 (artículo 141, parágrafo 24, que en su redacción es idéntico al artículo 150, parágrafo 21 de la Carta vigente de 1967) en relación con el artículo 1º de la Ley reglamentaria núm. 1,533 de 31 de diciembre de 1951, que en su parte relativa establece la procedencia del mandamiento de seguridad cuando el afectado tuviese recelo de sufrir una violación de sus derechos por ilegalidad o abuso de poder por parte de cualquier autoridad.

Aun cuando el texto constitucional vigente no habla, como sí lo hacía el artículo 133, parágrafo 33, de la Constitución de 1934, sobre la procedencia del mandamiento de seguridad en el supuesto de la amenaza de la violación, sin embargo, el autor considera que este concepto resulta equivalente, aun cuando con falta de precisión, al de justo recelo, a que se refiere la vigente ley reglamentaria de 1951.

Si bien la jurisprudencia se ha mostrado reticente para aceptar la interposición del mandamiento contra actos que impliquen una violación actual, sino una simple amenaza, la doctrina ha señalado que las disposiciones vigentes autorizan el mandamiento como un instrumento preventivo para evitar que se realice la violación de los derechos de los particulares por parte de las autoridades propiamente dichas, los organismos descentralizados o de aquellos que realizan funciones delegadas del poder público.

Cita el autor los lineamientos que respecto de la amenaza ha elaborado el también tratadista brasileño Celso Agrícola Barbi, el cual estima que ésta debe ser objetiva y actual, es decir que se traduzca en hechos o actos, no se infiera de simples suposiciones y que exista en el momento de solicitarse la protección a través del mandamiento de seguridad.

Si la amenaza cumple estos requisitos, considera Maisano que debe admitirse el mandamiento de seguridad de carácter preventivo, tanto respecto de actos administrativos como de las autoridades judiciales —siempre que no sean resoluciones jurisdiccionales— e inclusive respecto de disposiciones legales que todavía no se hubiesen ejecutado.

Este último extremo es el que presenta mayores problemas, ya que la jurisprudencia no admite la interposición del mandamiento de seguridad respecto de las leyes en abstracto (*em tese*) y ha llegado a aceptar que en casos excepcionales pueden impugnarse las disposiciones calificadas como “autoaplicativas” (siguiendo en esto el ejemplo de la jurisprudencia mexicana).

El autor considera que debe revisarse el concepto de ley en abstracto y que debe admitirse el mandamiento de seguridad contra disposiciones legales que todavía no se hubiesen ejecutado, siempre que se traduzcan en una amenaza objetiva y actual para los particulares, en la inteligencia de que la resolución que se dicte tendrá siempre efectos particulares y no de carácter general (*erga omnes*).—Héctor FIX-ZAMUDIO.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *Existencia y delimitación del derecho probatorio*. "Revista de Derecho Procesal", enero-marzo de 1968, pp. 15-49. Madrid, España.

En este excelente trabajo, que el distinguido procesalista hispano-argentino dedica a la memoria del ilustre Roberto Goldschmidt, se aborda, con la precisión y claridad que han caracterizado las aportaciones del autor, el tema tan espinoso de la delimitación de las disposiciones probatorias.

El profesor Sentís Melendo ha abordado en varias ocasiones el estudio del derecho probatorio y en esta oportunidad, utilizando los conceptos fundamentales del derecho justicial elaborado por James y Roberto Goldschmidt, pretende encontrar un camino para determinar el campo de las disposiciones relativas a la prueba, que se disputan tanto los ordenamientos de fondo como los procesales.

Como advierte el autor, en la República Argentina esta separación tiene efectos muy importantes de carácter práctico, debido a que por su organización constitucional, la materia de fondo corresponde a la nación y por tanto es unitaria (Código Civil, Penal, etcétera), en tanto que la regulación procesal queda dentro del ámbito de las provincias, por lo que la delimitación de las disposiciones probatorias se traduce en un problema de competencia, que en nuestro país no existiría, ya que tanto los ordenamientos de fondo como los procesales, al menos en materia civil y penal, corresponden a la autonomía de los Estados.

Pero aun sin las peculiaridades del derecho argentino, resulta de gran importancia definir la situación de las disposiciones relativas a la prueba, por el carácter ambiguo que en ocasiones les atribuye el legislador, que ha venido otorgando una solución diferente a esta disciplina en las diversas legislaciones.

Con una gran penetración, el procesalista hispano-argentino nos señala la trascendencia que para esta materia asume la clásica polémica de Windscheid y Muther sobre el carácter de la acción, ya que en su concepto, juntamente con la doctrina del derecho justicial, particularmente con las aportaciones de Roberto Goldschmidt, pueden servir de apoyo, así sea indirectamente, a determinar el ámbito del derecho procesal, de igual manera como pueden auxiliar a señalar límites al posible derecho probatorio, cualquiera que sea el criterio que se adopte para fijar la naturaleza de esta materia.

Después de reflexionar profundamente sobre la concepción de Roberto Goldschmidt del derecho justicial material, como un tercer grado entre las disposiciones de fondo y las procesales, el autor estima que todas las disposiciones probatorias deben encuadrarse en el ámbito procesal y que esta unidad iría contra la citada doctrina del derecho justicial material, porque reuniría en un solo campo las normas relativas a cómo el Juez debe proceder y a cómo el Juez debe decidir, ya que todas ellas se desarrollan y funcionan en el proceso.

De acuerdo con lo anterior, el profesor Sentís Melendo considera que no obstante la unidad del derecho probatorio existe una diferencia entre sus diversos elementos, que se estiman de fondo y estrictamente procesales. Y aquí utiliza la distinción de Carnelutti entre *fuentes* y *medios* de prueba.

Esta diversificación soluciona el agudo problema de la distinción tradicional entre *pruebas preconstituidas* y *pruebas simples o a constituir* en el proceso,

pues todas las pruebas deben estimarse preconstituidas como *fuentes*, y se constituyen en el proceso utilizando los *medios* admitidos por la ley.

Los conceptos anteriores permiten concluir al autor, con una gran penetración, que si se tiene que aceptar la distribución entre los cuerpos legales, de fondo y de forma, de las normas relativas a la prueba, no parece absurdo atribuir al código civil lo que se refiere a las fuentes y al código de procedimiento la regulación de los medios, lo que permitiría fijar la situación de ciertas normas ambulatorias, que han estado pasando de un campo a otro, sin una delimitación precisa.

El estudio del profesor Sentís Melendo nos parece una aportación fundamental, como otros suyos sobre la misma materia, para la configuración de un verdadero derecho probatorio, que constituye una de las preocupaciones fundamentales del procesalismo científico de nuestros días.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

TREVES. *Il caso Zeiss*. v. DERECHO COMPARADO.

VIGORITI, Vincenzo. *Problemi del processo costituzionale: poteri discrezionali dei giudici ed efficacia nel tempo della sentenza*. "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", año XXI, núm. 4, primera parte, diciembre de 1967, pp. 1474-1496. Milán, Italia.

El autor demuestra un conocimiento muy profundo, que no es frecuente en los juristas formados en el derecho continental, de la teoría y la práctica del procedimiento que se sigue ante la Corte Suprema de los Estados Unidos para el planteamiento de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes.

Considera Vigoriti, con toda justificación, que las amplísimas facultades discrecionales que se han otorgado a los magistrados del Tribunal Supremo de Norteamérica para estudiar y resolver únicamente aquellos asuntos de interés nacional, particularmente de carácter constitucional, les ha permitido realizar una labor de extraordinario relieve sin el peligro de verse ahogados por un alud de peticiones, muchas de ellas intrascendentes o notoriamente infundadas.

Se indica la evolución de la jurisdicción de segunda instancia de la Suprema Corte de los Estados Unidos (ya que la de único grado es extraordinariamente reducida) que después de una progresiva limitación culminó en el año de 1925 con una reforma a la Ley de Organización Judicial, para darle una mayor amplitud al empleo del llamado *writ of certiorari* (autor de avocación), a través del cual, en un gran número de negocios las partes en un determinado proceso deben dirigirle una petición razonada (*petition for a writ of certiorari*) que puede ser contradicha por la parte contraria (*brief in opposition*), para que con el voto al menos de cuatro de los nueve magistrados, se considere que el asunto debe ser estudiado y resuelto por la Corte, por plantearse un nuevo problema de constitucionalidad, que asume interés nacional.

Sin embargo, la admisión de la petición no implica el conocimiento obligatorio por la Corte, que puede desechar el asunto posteriormente, sin estudiarlo por estimarlo admitido indebidamente (*improvidently granted*), o bien, lo resuelve sin fundamentación (*per curiam*), de manera que son muy conta-

dos los asuntos en los cuales se realiza un estudio cuidadoso (*full opinion*), que son los que constituyen los precedentes fundamentales de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Pero aun inclusive tratándose de negocios de jurisdicción obligatoria de segunda instancia (*obligatory appellate jurisdiction*) el mismo Tribunal Supremo ha ejercido criterios discrecionales puesto que puede desechar o acoger sin fundamentación (*summary dismissal or affirmance*) el recurso (*notice of appeal*), y también sólo en contados asuntos se expresa plenamente la opinión de la Corte (*full opinion*).

Estos amplísimos criterios discrecionales han convertido a la Corte Suprema de los Estados Unidos en un verdadero tribunal constitucional que se aproxima bastante —aun cuando no formalmente— a la Corte Constitucional Italiana o al Tribunal Federal Constitucional Alemán, con la ventaja de que sólo conoce de los problemas más importantes de carácter constitucional, haciendo a un lado aquellos de menor trascendencia, y precisamente siguiendo el ejemplo estadounidense se reformó la Ley del Tribunal Constitucional Alemán en el año de 1963 para establecer que se pueden desechar, sin estudio y fundamentación, aquellos asuntos que sean notoriamente infundados o de escasa importancia, debido al excesivo número de peticiones que llegaban al citado Tribunal.

En la segunda parte de su estudio, Vigoriti examina, también con minuciosidad, los problemas que se han presentado en los Estados Unidos para determinar la aplicación total o parcialmente retroactiva de los fallos de la Suprema Corte que declaran la inconstitucionalidad de disposiciones o de actos que afectan los derechos fundamentales de los particulares en materia penal —el problema es menos serio en materia civil—, pronunciándose el autor por la retroactividad absoluta, y refiriéndose al problema similar que afrontan en Italia las sentencias de la Corte Constitucional.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

VIGORITI, Vicenzo. *Prove illecite e Costituzione*. "Rivista di Diritto Processuale", año XXII (II serie), núm. 1, enero-marzo de 1968, pp. 64-73. Padua, Italia.

El autor realiza un estudio comparativo entre la doctrina y jurisprudencia estadounidenses y las italianas, respecto del palpitante problema de la admisibilidad de los medios de prueba que hubiesen sido obtenidos ilícitamente.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido criterios que se han venido perfeccionando en esta materia, de tal manera que en un principio llegó a considerar admisibles los elementos de convicción obtenidos en forma indebida, pero paulatinamente, al menos en materia penal y de acuerdo con lo dispuesto por la enmienda cuarta de la Constitución Federal, ha llegado a la conclusión, que se inició con el famoso fallo dictado en 1961 en el caso *Mapp contra Ohio*, en el sentido de que en el proceso penal son inadmisibles los medios de prueba obtenidos en forma ilegítima por las autoridades encargadas de la investigación.

Se han presentado situaciones intermedias que han determinado una extensión de la citada prohibición respecto de los elementos de convicción allegados por particulares pero por instrucciones, sugerencia o iniciativa de las autori-

dades policíacas, y se ha propuesto por la doctrina que el mismo principio se obtenga respecto de las presentadas por investigadores privados, que realizan una actividad similar a la de la policía oficial.

Por el contrario, la jurisprudencia estadounidense ha considerado válidas las pruebas obtenidas en forma indebida por los particulares en los procesos civiles y administrativos, y en los primeros inclusive cuando las mismas pruebas son presentadas por autoridades que figuran como partes en controversias de esta naturaleza, a no ser que puedan asimilarse en cierta manera a los procesos penales, como ocurre respecto los formalmente civiles pero relativos a la aplicación de sanciones de carácter penal, como ocurre tratándose de infracciones fiscales.

Vigoriti realiza una crítica penetrante del criterio de los tribunales de los Estados Unidos en relación con la admisión de pruebas obtenidas en forma ilegítima por las autoridades que actúan como partes en procesos de carácter civil, ya que no existe una razón suficiente para dejar de aplicar los principios que se han establecido en la materia criminal, respecto de situaciones similares.

Por lo que se refiere al derecho italiano, el autor destaca que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido escasas sobre esta materia, que se inclinan por otra parte y en forma mayoritaria por la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos ilegítimamente tanto por las autoridades como por los particulares, en todo tipo de proceso, inclusive en los de carácter penal, estimando que en tales supuestos sólo procede la aplicación de la sanción penal posterior, a esa conducta indebida.

Vigoriti sostiene, a nuestro modo de ver, acertadamente, que es inaceptable este punto de vista, ya que de acuerdo con el espíritu de los artículos 13 y 14 de la Constitución italiana de 1948, debe prevalecer la protección del individuo contra los actos indebidos o ilegítimos de las autoridades, y por tanto, en todo tipo de proceso deben desecharse los elementos de convicción que las autoridades hubiesen obtenido por medios ilícitos, y por el contrario, tratándose de las pruebas que hubiesen allegado los particulares de manera ilegal, la situación no es tan grave, y por lo mismo pueden admitirse en el proceso respectivo, sin perjuicio de aplicar las sanciones penales que correspondan a los autores de una conducta de esta naturaleza.—Héctor FIX-ZAMUDIO.

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

BACQUÉ, Jorge A. y NINO, Carlos S. *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross, ejemplificado en dos fallos argentinos*. "Lecciones y Ensayos", núm. 36, 1967, pp. 31-38. Buenos Aires, Argentina.

Se trata en el artículo, materia de la presente reseña, de exponer el pensamiento de Alf Ross, en relación a la administración de justicia y a la interpretación de la ley entendida como método y como ideología y de ilustrar ciertos aspectos de ese pensamiento mediante dos fallos argentinos.

El intérprete se encuentra con tres problemas que son: el semántico, el sintáctico y el lógico. La administración de justicia permite referirse a dos estilos de interpretación a saber: el subjetivo y el objetivo. El estilo subjetivo se encamina a desentrañar la voluntad del legislador; intenta descubrir la