

## LA TEORÍA DEL DERECHO PROCESAL DE FAIRÉN GUILLÉN\*

Esta *Teoría general del derecho procesal* es la espléndida obra de un jurista eminente. Consta aquello a quienes consulten la *Teoría*; saben bien esto quienes —y son muchos, entre los juristas de América y Europa— conocen la extensa, fecunda trayectoria del catedrático, investigador y tratadista Víctor Fairén Guillén. De ella nos hemos beneficiado sus lectores, colegas, alumnos. Ya figura, con méritos indisputables, en la mejor literatura procesal en lengua castellana.

Fairén Guillén es doctor *honoris causa* de la Universidad de Valencia, en la que profesa derecho procesal. Ostenta el alto rango académico de profesor emérito de esa materia en la Universidad Autónoma de Madrid. Pertenece a diversas corporaciones científicas. Tiene en su haber numerosos libros y artículos publicados en España y fuera de ella, estupenda cantera para el estudioso de la disciplina que Fairén Guillén cultiva con maestría. Ha participado en infinidad de congresos, conferencias, mesas redondas de su especialidad. Se le ha recibido como profesor visitante en centros de estudios superiores de buen número de países. Es amplísimo, pues, su *curriculum vitae*: testimonio de vida fecunda. En las páginas preliminares de este libro, el mismo recuerda ciertas palabras de don Quijote: “Cada uno es hijo de sus hechos”. Enseguida dice, con razón y con derecho: “Así en las aulas, en las librerías, en los archivos, en las bibliotecas, están mis hechos”.

Tuve el privilegio de conocer al profesor Fairén hace ya muchos años, por su asistencia a encuentros procesales en México, de carácter nacional e internacional. Últimamente he tenido la fortuna de coincidir con él en programas académicos desarrollados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autó-

\* Prólogo a la obra de Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. XXXI-LXV.

noma de México. Tan sólo en poco más de un año, el Instituto contó tres veces con su presencia y su enseñanza docta: conferencias y mesas redondas sobre derecho procesal en el ciclo “La situación actual de las disciplinas jurídicas en el mundo” (18 a 22 de junio de 1990), en el simposio acerca de “Las garantías jurisdiccionales para la tutela eficaz de los derechos humanos en Iberoamérica” (8 a 10 de julio de 1991), y en el seminario en torno a “Las tendencias actuales del derecho” (4 a 6 de septiembre de 1991).

Don Víctor Fairén Guillén me solicitó un prólogo para esta *Teoría*, honor inesperado y ciertamente inmerecido, que reconozco en lo mucho que vale y cordialmente agradezco. También expreso mi reconocimiento al doctor José Luis Soberanes Fernández, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas —y antiguo alumno del profesor Fairén en España—, a quien se debe, en buena medida, la aparición de esta obra. Que tal cosa ocurra en México es motivo de especial satisfacción para los procesalistas mexicanos.

No es tarea sencilla la redacción de un prólogo para tan importante obra de tan distinguido maestro. ¿Qué hacer? Pude limitarme a unas cuartillas, que hubieran sido reseña de la vida profesional y homenaje a la obra académica de Fairén Guillén. Pude, por otra parte, ceñir mi trabajo a la reflexión, genérica, sobre algunas cuestiones fundamentales entre las muchas que la *Teoría* aborda. Me pareció preferible, sin embargo, intentar una serie de comentarios —que se extendieron demasiado— en torno a los puntos examinados por el autor y a algunas de sus implicaciones: en general y en particular para la doctrina y el derecho de mi país. Esto permite, además, establecer una primera comunicación —que los lectores ampliarán grandemente— entre la cátedra del autor, contenida en su *Teoría*, y la realidad y las pretensiones que en estos puntos corresponden a México.

El profesor Fairén distribuye su obra en diecisiete temas, que son otros tantos capítulos: temas de una doctrina general en la que convergen —o de la que parten— las especialidades procesales. Al cabo de cada capítulo figura la abundante bibliografía considerada y sugerida; se trata de numerosas obras españolas, italianas y alemanas, fundamentalmente. Sobre la marcha, en el desarrollo de los temas hace alusión a los tratadistas que se han ocupado, en forma sobresa-

liente, de las cuestiones que analiza; añade nutridas referencias legales, sobre todo de derecho español.

Me agrada decir que entre los autores frecuentemente citados figura Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, mi profesor de derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Promovió el florecimiento de los estudios de teoría general del proceso en México. Exiliado en este país durante varias décadas —que fueron de notable aportación suya a nuestra Universidad—, donde halló hospitalidad, retornó finalmente a España. En ambos mundos ha dejado huella de su paso.

Por lo que toca a la teoría general del proceso en México, durante los últimos lustros han aparecido varias obras, muy apreciadas, que se suman a la ya abundante bibliografía procesal: civil y penal, principalmente, y luego constitucional, administrativa, laboral, fiscal, agraria, mercantil. De aquéllas son autores los catedráticos de nuestra Facultad de Derecho, Cipriano Gómez Lara, Carlos Cortés Figueroa, Carlos Arellano García, Luis Dorantes Tamayo y —el de más reciente fecha— José Ovalle Favela.

\* \* \*

El desenvolvimiento de la teoría general del proceso, que hoy avanza con paso firme, esté lleno de vicisitudes. Fue necesario probar, con rigor, la posibilidad misma de que hubiese una teoría aplicable a las diversas vertientes de nuestra disciplina. Hoy esto se ha acreditado extensamente. Obras de conjunto, como la presente, cátedras de la materia y hasta ordenamientos de amplio contenido, son otros tantos puntos a favor de la teoría general.

Problemas especiales ha planteado el “avenimiento” de las materias procesal civil y procesal penal en una teoría común. Es grande la distancia entre aquéllas —empero, ramas de un mismo tronco— en numerosos puntos particulares. Agréguese a esto la vinculación académica que han tenido, cada una, con las respectivas colindancias sustantivas. A ello se refiere Fairén: ha perjudicado el hecho de que la enseñanza del derecho procesal esté dividida en dos ramas, “la... civil —que se enseña por maestros que en ocasiones comparten tal

empeño con el de enseñar una parte del derecho civil— y la... penal, que figura junto con el derecho penal. De lo que resulta que procesalistas, civilistas y penalistas, no hallan puntos de conexión...”.

Estima Fairén que quien más sufre las consecuencias de este alejamiento es el derecho procesal penal, “en muchas ocasiones a la zaga de su más ilustre y atractiva hermana mayor, el derecho penal”; es la *cenicienta*, termina diciendo, con expresión que empleó Carnelutti. A lo largo de la *Teoría* se realiza el esfuerzo, exitoso, por acercar entre sí esas disciplinas especializadas, las más vigorosas, características, del campo procesal. En el tema X, denominado “Las partes en el proceso”, se examinan ampliamente el problema del litisconsorcio en el proceso penal. Ahí Fairén escribe un párrafo que tiene aplicación más amplia:

Toda esta extensión —dice— dedicada en especial al litisconsorcio en el proceso penal, en el seno de una doctrina general del proceso, tiene por objeto el poner de manifiesto que dicho proceso, pese a sus especialísimas características, que nacen ya con su “obligatoriedad” para obtener satisfacciones jurídicas de este orden, frente a la “voluntariedad” de los demás tipos de proceso, dialécticamente, puede ser estudiado en sus generalidades, con los demás; aunque en muchas ocasiones “como excepción opuesta a la regla”, si consideramos como “regla” lo que ocurre en el proceso civil; a lo que no vemos haya lugar, so pena de desvirtuar al más importante de los procesos, que es éste, el penal (I. C).

\* \* \*

Si se trata de una teoría general del proceso, e inclusive de una teoría general del derecho procesal (designación que emplea el autor y que es ciertamente preferible a aquélla: viene al caso, en efecto, el conjunto, no sólo una parte —el proceso—, por importante que sea), como en este caso, hay que examinar ante todo los conceptos fundamentales; las piezas básicas o maestras de esa disciplina. Alcalá-Zamora ha insistido —y en pos suya muchos procesalistas mexicanos hemos aceptado— que son el proceso mismo, la acción y la jurisdicción. Antes se debe estudiar el dato jurídico material que se halla en la raíz, el origen, el propósito del proceso. Esto es: el conflicto de intereses, el litigio —noción que Carnelutti analizó con

hondura y afirmó en la escena de los trabajos procesales—. Y de aquí seguir a los medios para la composición (o solución) del litigio. Al respecto existe una obra espléndida de Alcalá-Zamora: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, que ya figura en la bibliografía esencial de la materia.

Fairén Guillén recoge en el tema I la función, estructura, naturaleza jurídica y concepto del proceso. Inicia el panorama con los otros medios de solución de los conflictos: autodefensa y autocomposición. Sigue con los instrumentos heterocompositivos: arbitraje y proceso. No sobra destacar aquí que el arbitraje —donde se asocian los imperativos de la ley y la voluntad de los particulares, prevista y regulada por la ley misma, claro está— tiene hoy un extenso horizonte. Mayor será, sin duda, en el porvenir cercano, mucho más extenso que el que pudimos suponer hace pocos años. El auge de las cuestiones económicas y las llamadas “globalización” y “regionalización” de la economía en suma, la trascendencia de la vida económica sobre las fronteras nacionales, sugieren —e incluso exigen— jurisdicciones o instrumentos compositivos peculiares.

En este punto crece el cometido del arbitraje: no sólo a la manera tradicional, mediante un individuo (al que alguna vez se llamó “juez privado”), un técnico, un experto en la materia litigiosa, designado por las partes para emitir el laudo. Más que eso: por medio de los denominados “paneles” multinacionales, que acuden a resolver las controversias entre países o entre grupos y “entes” económicos (los nuevos personajes del poder transnacional, más activos, dominantes, que los propios Estados bajo cuya legislación se crean). Este es uno de los asuntos descollantes en las negociaciones y las concreciones del “nuevo mundo económico”. Nos hemos familiarizado con la cuestión en el curso de los trabajos preparatorios del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica. Estas novedosas expresiones del arbitraje crecen a costa de las jurisdicciones nacionales.

Fairén entiende al proceso como un agente, digámoslo así, de satisfacción jurídica, en las acepciones o versiones de ésta: *status operandi* y *status termini* (tema I, III, 1). Adelante revisa la naturaleza jurídica del proceso y propone una sugerente definición, que ha tomado en cuenta las ideas de Goldschmidt (“somos muchos —decla-

ra— los que compartimos en general estas ideas”), a saber: una serie de actuaciones jurídicas contrapuestas de las partes, integradas por posibilidades, expectativas, perspectivas y cargas (naturaleza jurídica), concatenadas entre sí de modo ordenado (estructura) y destinadas a la consecución de satisfacciones jurídicas (función), bajo la dirección del juez estatal. Todo ello, en relación al principio de contradicción derivado de un conflicto entre los interesados, que ha devenido litigio al hacer crisis, y que precisa resolver pacífica y justamente por los tribunales (jurisdicción) (V, 4).

Cuando se refiere a la estructura del proceso, el autor expone una serie de principios (IV): libre acceso a la justicia, juez imparcial, contradicción o audiencia bilateral, igualdad entre las partes, oficialidad o disponibilidad, humanización, probidad, eficacia, mayor aproximación a la verdad material de los hechos, respeto a los derechos fundamentales. He aquí la columna vertebral del proceso: sobre estos principios —tal vez ya “dogmas”, si aún es posible hablar de este modo— se ha construido, se desarrolla, se perfecciona, el enjuiciamiento moderno. Fairén vuelve sobre estos temas, como es natural —pues se trata de referencias, “luces” que se encienden en múltiples capítulos—, en otros lugares de la obra. Aludiré a algunos, adelante: acceso a la justicia, a propósito de los gastos procesales, una de las implicaciones de aquél; verdad material, en torno a la actividad probatoria, por ejemplo.

Cabe decir ahora que nuevamente se acentúa la preocupación sobre los derechos fundamentales (diversamente designados, aunque no se trate, desde luego, de títulos sinónimos: derechos humanos, derechos del hombre, garantías individuales, derechos públicos subjetivos...) en el proceso: en todas sus versiones, pero especialmente en la penal, tan asediada por prácticas inadmisibles: tortura, “tercer grado”, encarecimiento de la defensa, entre otras. No se trata sólo de que el proceso “esté rodeado” de garantías, como se suele decir, sino de que el proceso sea un sistema de garantías. Formas rigurosas, pues, escrupulosamente observadas para tutela de quienes devienen interesados: el inculpado, sin duda, y también la sociedad y la víctima. Si el ámbito penal es, como otras veces he dicho, una zona crítica de los derechos humanos, el proceso ha de ser la oportunidad política,

jurídica y social —una oportunidad moral, además— para la convergencia y conciliación de aquellos interesados. No es este un asunto nuevo; pero la atención hacia él debe renovarse sin cesar; es preciso seguir buscando los medios —sin excesos ni defectos, que a menudo suceden— de congregar, satisfacer los intereses contrapuestos. De lo contrario aumentará la desconfianza popular hacia la justicia estatal, con los gravísimos riesgos que trae consigo este desencanto.

\* \* \*

El tema II se refiere a la extensión y fuentes del derecho procesal. Aquí se emprende el estudio de la norma, su genética, integración, ámbitos de validez. Va por delante, con acierto, la reflexión acerca de “Proceso y Constitución” (I, 2). De las leyes supremas cabe extraer una teoría acerca del proceso: los principios, el espacio del Estado y de los particulares: seres humanos, ciudadanos, mejor que “administrados”, como en otros sectores se les designa. Suele ser abundante —a veces excesiva, de buena voluntad: por esmero en la protección del individuo— la regulación procesal constitucional.

En la Constitución mexicana, que desarrolla ampliamente diversos temas (así: propiedad, régimen agrario, relaciones laborales, sistema municipal, además de la creciente lista de atribuciones federales) son numerosos y relevantes los preceptos procesales, sobre todo de contenido penal. Aquí tenemos varias “series” de normas: sobre sujetos procesales (juzgador, acusador, inculpado, defensor), integración y atribuciones de los órganos jurisdiccionales, actos del procedimiento (que constituyen garantía), principios procesales (también garantía: por ejemplo, publicidad), fueros y jurisdicciones especializadas (militar, de menores, éste en trance de recaer en el sistema penal), procedimientos especiales (*verbi gratia*, para juicio político y declaratoria de procedencia de persecución penal: remoción de inmunidad), colaboración internacional (que se refleja en actos y procedimientos; por ejemplo, extradición y, hasta cierto punto, ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias: interna y externa).

El profesor Fairén Guillén examina la ley procesal en el espacio (V), asunto tradicionalmente dominado por la regla de territorialidad. Empero, se abren paso otras determinaciones. La “aparición de grandes ligas estatales y de tratados o convenios que las unen —escribe—, ha repercutido en el derecho procesal”. Es posible comenzar un proceso en un país y terminarlo en otro. Disminuye la importancia de la noción de frontera, sobre los principios procesales fundamentales establecidos en tratados del derecho internacional, pudiera llegarse a una unificación, siquiera sea “regional continental” del proceso.

Esto tiene —decimos nosotros— ventajas apreciables. Se trata, además, de un movimiento que difícilmente se detendrá, así culmine en un porvenir más o menos distante; la tan traída y llevada interdependencia dispondrá el futuro del proceso, hasta cierto punto. En el centro de estos cambios y desplazamientos se advierte la decadencia de la soberanía, modo que tuvieron otros hombres, en otras generaciones, para rescatar la libertad frente al soberano absoluto, reivindicar el poder popular ante potestades internas e indóciles, esgrimir la independencia en el trato —defensivo— con otros Estados.

En cuanto a las fuentes, he preferido hablar de los procesos de creación de las normas —fuente, pues, en sentido más riguroso— que hacerlo del producto de esos procesos —el agua que mana de la fuente, para decirlo con el lenguaje metafórico que sugiere el uso de aquella voz—. Me refiero, en tal virtud, a los procesos legislativo, reglamentario, convencional, jurisprudencial, etcétera. Al respecto, Fairén alude a la ley, la costumbre (ha estudiado magistralmente el caso del antiguo Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, milenario; aquí, lo consuetudinario no es el Tribunal —anota—, sino el proceso), los principios generales del derecho y la jurisprudencia.

Para nosotros son importantes otros órdenes normativos, además de la ley: el tratado internacional y el reglamento. Aquel participa, en alguna medida, de la naturaleza de la ley, pero es diferente su proceso de creación. Recuérdese que el artículo 133 constitucional habla de la “ley suprema de toda la Unión”, y en esta categoría menciona a los tratados celebrados de conformidad con las normas cons-

titucionales. El examen de este punto se reanima cada vez que el país emprende un proceso convencional de suma trascendencia, según es el caso, ahora, en materia de libre comercio. Como sea, no podemos ignorar —aunque a menudo ignoramos— el caudal de prevenciones procesales que los tratados, convenios y pactos internacionales han incorporado en esa “ley suprema de toda la Unión”; son múltiples las cuestiones abordadas: asistencia procesal en general, derechos humanos, tortura, colaboración policial, lucha contra formas determinadas de criminalidad moderna (narcotráfico, en particular), devolución de objetos robados, y así sucesivamente.

Mencioné el reglamento, habida cuenta de la importancia que éste tiene —y que también poseen los bandos municipales— en el campo del derecho penal administrativo o contravencional: el que recoge los “pequeños delitos” que alguna vez contempló nuestro derecho —siguiendo al *Code Pénal* de Napoleón— en el plano de la ley y que ahora considera en el reglamento, debido a los reglamentos “autónomos” que reconoce, precisamente en esta materia, el artículo 21 de la Constitución. El avance hacia la legalidad ha ocurrido, en buena parte, gracias a la innovadora, plausible Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, de 1983; al depósito de atribuciones reglamentarias en la Asamblea de Representantes del mismo Distrito Federal (órgano a media, va entre el administrativo y el legislativo),<sup>1</sup> y a la expedición de bases — legales, se entiende— a cargo de los Congresos de los estados, conforme a las cuales ejercerán los Ayuntamientos ciertas atribuciones sobre creación de normas, según el artículo 115, fracción II, párrafo 2, de la Constitución.

El autor dedica reflexiones penetrantes a la jurisprudencia como fuente del derecho procesal. Para ello se funda en las estipulaciones del derecho español y específicamente en el concepto de una “doctrina de los tribunales”, oriundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. En México se acepta comúnmente a la jurisprudencia entre las fuentes del derecho. Crece su importancia, paulatinamente, por lo que

<sup>1</sup> La Asamblea de Representantes ha devenido Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con amplias atribuciones de naturaleza legislativa como órgano de este carácter para la capital.

hace a pronunciamientos de la justicia federal. Primero fue obligatoria para los tribunales la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de Justicia; luego, la formada por los Tribunales Colegiados de Circuito. La de éstos adquiere cada vez mayor relevancia al asumir —desplazando aquí a la Suprema Corte, relegada en los asuntos de constitucionalidad— el control de legalidad por medio del juicio de amparo (amparo-casación, contra sentencias y resoluciones equivalentes). A esa jurisprudencia vinculante de la “justicia judicial” federal, es preciso añadir las del Tribunal Fiscal de la Federación y el Tribunal Federal Electoral,<sup>2</sup> en lo que atañe a sus respectivas competencias y órganos.

Como fuentes del derecho procesal —pero no jurisprudencia, en el sentido que aquí se maneja— cabe citar otros actos de órganos jurisdiccionales. Puede ser el caso de las respuestas judiciales a consultas de las partes sobre cuestiones puramente procesales, introducidas por el artículo 41 del Código Federal de Procedimientos Penales. Es el caso, indudablemente, de las sentencias mismas, normas jurídicas individualizadas, como Kelsen postulaba.

Ahora bien, hay diversidad de pareceres en cuanto a la adscripción normativa de la sentencia: ¿es norma individualizada de derecho procesal? ¿Lo es de derecho ejecutivo? Participa, me parece, de ambas especies: en ella culmina el proceso, íntegramente dirigido a la obtención de una sentencia, que no se halla, por ende, fuera del proceso mismo: es el acto compositivo del litigio; la composición reside, precisamente, en la sentencia, y no en la extensa cadena de actos conducentes a ella, que por sí mismos no resuelven la contienda. Y es el título ejecutivo para trasladar a la realidad, a los hechos, la determinación jurisdiccional del Estado.

Esa condición de la sentencia como título de ejecución, perfectamente observable en todos los órdenes de enjuiciamiento, lo es más aún en el penal conforme al sistema vigente en México, que deslinda el conocimiento jurisdiccional de la ejecución administrativa. Aquí

<sup>2</sup> Este se ha transformado, como Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal. A la relación de organismos jurisdiccionales de superior instancia con facultades para emitir jurisprudencia vinculante para los inferiores, hay que agregar el Tribunal Superior Agrario.

no continúa la jurisdicción en la escena, al través de un proceso de ejecución; el papel incumbe a la administración, que actúa a partir de la sentencia y con base en ésta (aunque se halla dotada de potestades en cierto modo “revisoras”, o más sumamente. “integradoras”, como son las referentes a la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión). Evidentemente, nada de esto prejuzga sobre la conveniencia o inconveniencia de un sistema de ejecución de sanciones puramente administrativo.

Otro concepto fundamental del derecho procesal es el de acción: fuerza, ímpetu que desencadena la jurisdicción, hasta entonces inmóvil, en virtud del principio *nemo iudex sine actore*. El desempeño jurisdiccional sin acción que lo anime es inquisitividad; por ello se le mira como expresión de autoritarismo. Fairén Guillén examina la acción y la pretensión en el tema III de la *Teoría*. Si la acción ha suscitado debates sin término —se halla, inclusive, entre los asuntos fundatorios del llamado procesalismo “científico”, que históricamente relevó al procedimentalismo—, no menos complejo y controvertido es el concepto de pretensión. De aquella y de ésta hay numerosas caracterizaciones.

Fairén considera que la acción es “el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público subjetivo procesal; de ‘un derecho cívico’; se trata, en efecto, de un derecho comprendido entre los derechos del hombre, del ciudadano (Capograssi, Furno); en fin, es un derecho cívico” (I, 5). La pretensión, a su vez, en opinión de Fairén, es un *posterius* al derecho de acción. El derecho que se pretende aparece en los elementos de la pretensión; para que triunfe ésta —“secuencia, desarrollo concreto del derecho de acción”— debe aparejar fundamentación, legitimación y petición concreta (I, 6).

Adelante, el maestro emérito se ocupa en las diversas clases de pretensiones. De éstas, hay dos que ahora recoge. La primera, cada vez más importante —como que se relaciona, a fondo, con las circunstancias de la vida moderna—, atañe a la defensa de los intereses difusos. Se ha trabajado, intensamente, en la definición de estos intereses, difusa ella misma como la materia que se trata de precisar. No podía ser otra cosa: excede la noción de persona jurídica, desborda

las conocidas ideas sobre titularidad de un derecho, no le bastan las formas acostumbradas de legitimación y representación.

¿Quién habrá de actuar en juicio estos intereses difusos? Para el derecho mexicano, he sugerido la participación del Ministerio Público. Varios autores son adversos a esta posibilidad, en general (así, Cappelletti, brillante expositor del tema). Me parece que la evolución natural del Ministerio Público mexicano —sobre todo el del fuero común— conduce —o debiera conducir— a que el titulado “representante social” ejerza la representación de intereses sociales, como son los difusos. Puede asumir la “legitimación especial” de que habla Fairén. Pero la propuesta no ha prosperado. El Ministerio Público que no acertó a ser *ombudsman*, prefiere su conocida función de investigador y acusador. De esta manera declina banderas y renuncia a una vena de progreso.

Otra pretensión específica es la cautelar, sostenida en el *periculum in mora*. Se ha dicho que el proceso penal es el espacio de las pretensiones cautelares personales y de las correspondientes medidas, que se vuelcan sobre el individuo y limitan severamente el ejercicio de sus derechos: dígame, por ejemplo, la prisión preventiva y el arraigo, entre las universalmente admitidas; dígame la incomunicación, que el derecho mexicano reprueba. En cambio, el proceso civil propone el ámbito preferente de las pretensiones materiales, que se dirigen a los bienes: verbigracia, depósitos, embargos. No es tan estricta la separación, sin embargo: en el campo civil —y en los aledaños— no son desconocidas las cautelas personales. Tampoco lo son las materiales en el terreno penal, y menos todavía en nuestro tiempo, cuando se enfrenta el auge de cierta criminalidad que produce cuantiosos rendimientos: narcotráfico, delitos económicos, nuevas formas de fraude o estafa.

De todo esto se ocupa el profesor Fairén, que menciona las diversas formas de prisión preventiva, con variable intensidad: domiciliaria, abierta, incomunicada, con la contrapartida de la libertad bajo fianza o incondicional (que entre nosotros sería bajo protesta, palabra o promesa). Cita en seguida las medidas de control judicial, que la legislación francesa fija en amplio catálogo, “cuya multiplicidad debería ser adoptada en España pero... precisan de una organización,

de una ‘estructura’ básica muy cara para que funcione bien”, señala el autor.

Estas cuestiones han preocupado al legislador mexicano en los años recientes. En un momento (1984) fue necesario poner en manos del juzgador la ponderación sobre la cuantía “racional” de la caución: de ahí provino la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional, plenamente justificada, en mi concepto. En otro tiempo, muy reciente (1990), pareció debido ampliar las posibilidades de concesión judicial de la libertad provisional, más allá de la garantía constitucional (entendida, obviamente, como derecho “mínimo” del inculpado; de ningún modo derecho “máximo”, que no pudiese mejorar la ley secundaria). Esta última corriente ha seguido; en ella se apoya el proyecto de reforma procesal penal de 1991.<sup>3</sup> Ahora bien, lejos de haber conflicto entre estas modificaciones —como se ha dicho, con alguna ligereza—, ambas contribuyen a perfilar la institución de la libertad bajo caución. Desde diversas perspectivas —la sociedad y la víctima, de una parte; el inculpado, de la otra— aportan esa indispensable ‘racionalidad’ en que debe sustentarse aquella libertad, hoy el principal correctivo de la prisión preventiva, tan cuestionable y cuestionada.

\* \* \*

En el siguiente capítulo —tema IV—, Fairén Guillén aborda un tercer concepto fundamental del derecho procesal: la jurisdicción. Al examinar su naturaleza responde a la pregunta: ¿poder o potestad? Trabaja el necesario deslinde entre jurisdicción, legislación y administración, y luego examina la independencia de la jurisdicción y sus garantías (III). En este punto, tan importante, se ha venido insistiendo. No sobra cargar el acento sobre tan eminente, característico rasgo de la justicia deseable. La heterocomposición del litigio, vista con los ojos del hombre común —y lo somos todos cuando

<sup>3</sup> En 1991 se reformó, benéficamente, la legislación secundaria en materia de libertad provisional. En 1993 se modificó la propia Constitución: una reforma colmada de errores campeó en la fracción I del artículo hasta el advenimiento de otra reforma, de 1996, que deshizo el entuerto y aportó nueva fórmula para la libertad provisional.

entramos en el campo de acción de los tribunales—, no sólo significa decisión a cargo de un tercero, es decir, “imparcial”, a cambio de la “parcialidad” de la autodefensa y la autocomposición. Va más allá: supone que ese tercero es materialmente imparcial, además de serlo formalmente; no hay influencia, amenaza, persuasión que lo distraiga de la puntual aplicación de la ley. La garantía de independencia ha sido uno de los puntos centrales en la más reciente reforma constitucional mexicana sobre organización de justicia.

En la *Teoría* se dice bien que “la característica de jueces y magistrados, en su labor jurisdiccional, es su independencia”. Diversos supuestos, medios y remedios implica ésta; entre ellos, “las garantías de los justiciables en concreto —de ‘las partes en un proceso determinado’— frente a jueces y magistrados, para proteger su imparcialidad”. Es aquí donde aparecen la abstención (excusa) y la recusación (III, 4).

Enhorabuena que se establezca todo género de defensas para evitar que otros poderes formales vulneren al juzgador, e incluso que reciba “presiones” en el propio Poder Judicial. Debe seguir siendo —en determinado campo— el poder que contiene a los otros dos, en tanto es el que juzga sobre sus actos en la más elevada instancia, sin que nada ni nadie pueda sustraerse al imperio de la cosa juzgada. Pero no sólo de los poderes formales procede el atentado contra la independencia judicial. Viene de otros frentes, que ya no tienen que ver con la designación de los juzgadores ni están expresamente previstos y “contenidos” en las normas constitucionales. El juzgador ha de ser fuerte, inconquistable, frente a la acechanza de los contendientes; ha de colocarse por encima de sus pasiones, como quería Calamandrei; ha de tener la perspicacia, la preparación, la capacidad de ejercer su ministerio con ejemplar lucidez. Otra vez he manifestado que en cada sentencia se pone en riesgo, triunfa o declina el Estado de derecho; se fortalece o se pierde la confianza popular en la justicia; se preservan o menoscaban los valores centrales de la sociedad: la libertad, la justicia, la seguridad, la paz.

Todo esto exige una genuina y plena independencia, no apenas la libertad judicial con respecto al Poder Ejecutivo, que es la cuestión más frecuentemente tratada —y a veces la única examinada—cuan-

do se emprende el estudio de esta materia. Claro está que para favorecer el buen desempeño jurisdiccional ha de atenderse al adecuado reclutamiento de quienes ejercen esta alta misión del Estado, que Fairén aborda en el tema V (I,1). No se trata de una panacea; sí de un medio necesario para avanzar en la obtención de aquel objetivo.

De antiguo data la controversia en torno a jueces legos (jurado) y jueces permanentes y profesionales. No hay duda de que la historia de aquéllos se asocia con las luchas por la libertad y la democracia (aunque la “justicia popular” también ha sido, en ocasiones, tiránica); estas han dejado su huella en el jurado, de la que provienen los votos favorables de sus partidarios: desde las concreciones en el derecho inglés y en el norteamericano —celebradas, éstas, por Alexis de Tocqueville— hasta el presente. Empero, hoy el jurado declina. Parece innecesario en materia civil, donde no representa las ventajas que se le atribuyeron en la penal; y en ésta decae evidentemente, combatido por la corriente sobre individualización de la pena con base en la personalidad del justiciable. Otros defectos tiene el jurado, que no sirve bien a una justicia objetiva y serena. Finalmente, el jurado se ve desplazado, con frecuencia, por la “negociación” entre el fiscal y el inculpaado que prolifera en la práctica judicial norteamericana. Hemos leído y escuchado las convincentes impugnaciones que Fairén Guillén dedica a esta práctica. El asunto que ahora menciono se examina en el tema V, que lleva el título: “Algunos problemas de la Constitución de los tribunales” (I, 1,3).

En México el jurado ha desaparecido, prácticamente. La fracción VI del artículo 20 constitucional deja al legislador secundario optar libremente entre el juicio por el jurado o por un juez profesional. La ley se ha inclinado, unánimemente, en la segunda dirección. Profundamente modificado el título cuarto de la Ley Suprema, acerca de responsabilidades de servidores públicos, el jurado salió de esta competencia, en la que hacía episódicas apariciones. Su último reducto constitucional es el conocimiento de delitos contra la seguridad de la nación o el orden público, cometidos por medio de la prensa. Hasta donde tengo conocimiento, no ha habido, en muchos años, enjuiciamientos por la comisión de tales delitos.

El profesor Fairén detalla otro problema en el tema V, que sugiere comentario: el juzgador penal en las distintas etapas del proceso, esto es, en la instrucción y en el juicio, en sentido estricto. Se pronuncia claramente en favor de la separación entre el juzgador que instruye y el que conoce y sentencia (I,3). Hay buenas razones para que así sea. Fairén expone su punto de vista y cita el de Carnelutti, en la misma dirección. Entre nosotros, la tendencia prevaleciente va en sentido inverso, con escasas salvedades: juez instructor en los procesos del fuero militar y consejero instructor en los procedimientos tutelares que pronto serán penales<sup>4</sup> para menores infractores. En la justicia ordinaria, los regímenes federal y distrital —además, los de las entidades federativas— se acogen al juez bifuncional: instructor y sentenciador. La última expresión del deslinde entre juzgadores, según etapas procesales, quedó suprimida en 1971. Efectivamente, en este año fueron relevadas las Cortes Penales del Distrito Federal; en su lugar quedaron —y permanecen— jueces monocráticos bifuncionales, a cargo de la primera instancia.

\* \* \*

En la exposición acerca de los tribunales españoles —tema VI— surgen puntos que creo útil retener, para fines del derecho o la práctica mexicanos. Son los casos del Ministerio Fiscal y de algunos auxiliares de éste y/o del juzgador: centralmente, la policía judicial (VII y X). Fairén examina el caso del Ministerio Fiscal (denominación que no le satisface; en efecto, entronca con la antigua— ya desaparecida— etapa en que este órgano defendía los intereses económicos del Fisco) a la luz de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el artículo 435 de ésta se previene sobre la misión de dicho Ministerio como promotor de la justicia “en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés

<sup>4</sup> Así, conforme a la nueva legislación para la rehabilitación de menores infractores, adoptada en 1991, en materia federal y del Distrito Federal.

social". El artículo 3o. del Estatuto del Ministerio Fiscal contiene diversas alusiones a la defensa de la legalidad.

Ahora bien, el profesor español estima que "el principio de legalidad es incompatible con los de unidad y dependencia jerárquica de los miembros del Ministerio Fiscal, a cuyo frente —en la cúspide de la pirámide administrativa— se halla una persona amovible y designada y cesada por el Ejecutivo", En cuanto a la Policía Judicial, destaca su compleja ubicación como auxiliar del Ministerio Fiscal y del órgano judicial, resultando, esto último, de la existencia de un juez instructor que lleva adelante la investigación de los delitos.

En México, el Ministerio Público sigue siendo tema de estudio y controversia. Ciertamente son amplias, muy amplias, sus atribuciones, y ha sido vigorosa su presencia en el proceso penal. En el Congreso Constituyente de 1917 se vio con esperanza al Ministerio Público (en cambio, el Congreso de 1856-1857 lo miró con desconfianza, reticencia): sustituiría al juez en la averiguación de los delitos, dada la desastrosa experiencia que había a propósito del juez instructor, subrayó el mensaje de Carranza al Congreso.

La suerte de la policía judicial (el cuerpo auxiliar, no la función) se ligó a la del Ministerio Público. A la postre, aquélla ha vulnerado, desfavorecido, al Ministerio Público. Los graves tropiezos en el desempeño de la policía judicial comprometieron la imagen del Ministerio Público. Se ha procurado, entonces, restar capacidades a esa policía y, al propio tiempo, atenuar las potestades del Ministerio Público. En este panorama crítico se enrarece la misión promotora de la legalidad, que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983, puso a la cabeza de las atribuciones de esa institución.

En algunos momentos (así, tema VIII, sobre la competencia de los tribunales; II, 2, 2), b, b'), el profesor Fairén Guillén menciona el tema de la peligrosidad. Complejo, delicado, despertó —y aún suscita— debates interesantes. Sabido es que aquí se enfrentan los penalistas de orientación más o menos clásica —que suelen invocar afiliación a un "derecho penal democrático", con proyección en un "proceso penal democrático", y los herederos —con grandes variantes, sin duda— de las preocupaciones positivistas. Ambas corrientes

tienen su mérito, por supuesto. Aquellos invocan los principios de legalidad” y de “culpabilidad”, entraña del penalismo liberal, con amplias garantías para el individuo. Los segundos proponen el concepto de peligrosidad, con trascendencia sustantiva, procesal y ejecutiva. Esto no implica, necesariamente, una orientación autoritaria.

Es evidente que la noción de peligrosidad sigue campeando en numerosos ordenamientos, acaso en forma inevitable. Se aloja en voces diversas: “personalidad”, “características especiales del infractor”, etcétera. Difícilmente podría rehuir el juez penal la cuestión de peligrosidad a la hora de resolver —por ejemplo— acerca de ciertas medidas cautelares y, sobre todo, al dictar sentencia individualizadora.

Fairén Guillén no impugna la idea de peligrosidad “debida al máximo —dice— a ilustres juristas españoles como Jiménez de Asúa y Ruiz Funes”. Autores, éstos, en efecto, de una ley (republicana) sobre vagos y maleantes, difundieron el interés por los ordenamientos de la materia en la literatura penal latinoamericana. Así llegó a México. Fairén considera “errónea” la campaña contra la noción de peligrosidad, y estima que “nada bueno” augura la “desgana” en llevar adelante el proceso por peligrosidad que instituye la Ley del 4 de agosto de 1974, reformada. El asunto apareció en el tema VI, con mayor detalle. Aquí (I,10), Fairén examina la tendencia a suprimir legalmente la idea de peligrosidad sin delito, “tan cara a penalistas como Jiménez de Asúa y Ruiz Funes”. Esto preocupa al autor. Sostiene que la Constitución española permite la adopción de medidas de seguridad, por vía jurisdiccional, que impliquen privación de libertad. La exposición culmina en un vehemente alegato:

Los argumentos basados en la “identidad de las medidas de seguridad y las penas” con quebranto de principios de derecho penal, no se sostienen si en su práctica (y naturalmente, en la ley) se las diferencia bien. El problema es de buena política legislativa, de claras ideas, de material, de personal especializado y de instalaciones adecuadas. Todos están de acuerdo en ello. Una Ley de peligrosidad sin los abundantes medios para su correcta aplicación, o degenera en ley penal, o bien en una farsa, pero de ahí a renunciar a combatir jurisdiccionalmente la evidente proclividad al delito (arg. Ruiz Funes, Jiménez de Asúa) va un abismo. Y la prueba está en las calles de Madrid.

\* \* \*

Se dedica un capítulo —tema IX— a los “principios políticos y técnicos del proceso”. Trátase de una de las cuestiones más sugerentes, vitales, del procedimiento; acaso de valor más subido, mayor intensidad, en el enjuiciamiento penal, pero también relevante y atractiva en los otros. Obviamente no viene al caso aquí el examen de “maniobras o intrigas de tipo partidista”, que Fairén Guillén expresamente aparta, sin que ello implique negar que en este ámbito se pueden —y suelen— desplegar inquietudes de ese tipo. Dice Fairén, con Alcalá-Zamora, que bajo la palabra “política”, en ese caso, se examina el “conjunto de principios y orientaciones fundamentales que definen el carácter de un determinado enjuiciamiento... presente o pretérito, nacional o extranjero. A ellos contraponemos —añade— los principios de técnica legislativa que... se encuentran con los de naturaleza política, en relación... a la forma con el fondo”.

En este sitio vienen a cuentas los principios de derecho procesal legal o jurisprudencial (tema enlazado con el de las fuentes del derecho procesal), unidad o separación de los procesos (asunto recordado por Fairén en las primeras páginas de su *Teoría*), legalidad y oportunidad en el proceso, y varios más. Detengámonos un momento en la cuestión de legalidad y oportunidad, que se vincula con el proceso mismo, desde luego, y con el medio para iniciarlo, condición normativa de aquél: persecución oficiosa o instancia de particular (o de autoridad, aunque ésta tiene, desde luego, características propias que la distancian de la simple querrela —mínima— confiada a un particular).

Diversos puntos, que el autor estudia, contiene la disyuntiva legalidad-oportunidad. Vale decir que ha sido frecuente (así, en el derecho mexicano: legislación y doctrina) la preferencia por la legalidad en materia penal; se dice que responde mejor a la evolución histórica y al interés social. Empero, hoy se reexamina este punto con detenimiento. En nuestro derecho consigue nuevos y crecientes espacios la iniciativa persecutoria del particular por la vía de la querrela (aún lejana, pero no imposible, la decadencia del monopolio penal del Ministerio Público, que no simpatiza a Fairén). Esto se vio,

con toda claridad, en las reformas de 1983 y años siguientes, que invocaron la tutela (verdadera) a los intereses del ofendido y otras razones de justicia y conveniencia pública. Nuevamente se ha visto la misma orientación en las propuestas de reforma aparecidas en octubre de 1991, que pretenden una ampliación relevante en el número de delitos perseguibles mediante querrela. ¿Otra manifestación del auge de la “iniciativa privada”, que penetra tan hondamente en la economía y ahora en el enjuiciamiento penal? La finalidad (y la esperanza) explícitamente mencionada es el favorecimiento de soluciones convenidas entre víctima y victimario: autocomposición.

\* \* \*

Sigue siendo materia de reflexión y controversia lo relativo a las partes en el proceso. Aquí se desenvuelve el complejo asunto de la capacidad, que es, por cierto, de “previo y especial pronunciamiento”: carece de sentido un proceso —sería simulacro— entre quienes no tienen la calidad de partes. A ello dedica el profesor Fairén Guillén el tema X de su *Teoría*. Este asunto tiene complicaciones características en las diversas especialidades procesales. En la civil y mercantil, muy exploradas, no deja de plantear interrogantes la atribución de “entidad jurídica” a ciertas formas de gestión de intereses que no se conforman, necesariamente, a los modelos más o menos tradicionales de la personalidad jurídica. Estas “figuras”, “unidades de imputación”, “centros de decisión”, etcétera, son aportaciones de los nuevos fenómenos económicos —nacionales e internacionales— proyectados sobre el derecho. Otro tanto cabe decir de los “intereses difusos”, pendientes de representante capaz de comparecer en juicio.

Para la reflexión sobre nuestro propio ordenamiento jurídico —sin perjuicio, claro está, de su validez general— cabe observar el tratamiento que Fairén hace sobre la capacidad de la parte pasiva penal (tema X, 2,D, b). Es preciso que tenga capacidad para delinquir; para ser imputada...”; y agrega: “En definitiva... la capacidad para ser condenado en proceso penal, se confunde con la capacidad para delinquir...”. Luego advierte el maestro español que “las personas jurídicas (esto es, las colectivas, morales, glosamos nosotros) son inimpu-

tables. He aquí un clásico principio del derecho penal, que repercute en el procesal”.

Comparto plenamente el parecer del autor, que muchos tratadistas también sostienen. En efecto: *societas delinquere non potest*. Carece del elemento subjetivo —la culpabilidad— de la delincuencia. Además, la pena que se pretendiera imponerles (normalmente, disolución) sería trascendente (no me refiero, desde luego, al caso de la “asociación delictuosa” o al de la “pandilla”): abarcaría a terceros inocentes —empleados, socios y funcionarios ajenos a la conducta punible, clientes, proveedores, financieros, etcétera—, que, finalmente, no han sido “oídos y vencidos” en juicio. Reafirmo, pues, la opinión adversa al artículo 11 del Código Penal Federal mexicano, sobre “responsabilidad penal” de las personas jurídicas, así como al inciso 16 del artículo 24 del mismo Código, que alude a la pena de “suspensión o disolución de sociedades”. Además, no existe un procedimiento específico para semejante exigencia de responsabilidad penal.<sup>5</sup>

Ya me referí al Ministerio Público y a la Policía Judicial, en el comentario sobre el tema VI de esta *Teoría*. Parte en el proceso, el Ministerio Público tiene aquí un notable desempeño: deriva, en buena medida, de su previa condición de autoridad investigadora única y del monopolio que posee sobre el ejercicio de la acción penal, atemperado por el principio de legalidad. También es parte en asuntos del Estado (Ministerio Público federal), en el juicio de amparo (*idem*; para sostener los principios de constitucionalidad y legalidad, esto es, el interés de la juridicidad, que importa a la sociedad y al Estado) y en los de estado civil y ausencia (participación que no necesariamente apareja, como algunos críticos sostienen, una “quinta rueda” en el carro de la justicia). Aún existen algunas otras expresiones en esta múltiple condición de parte procesal.

Ciertamente son abundantes y frecuentes los cuestionamientos sobre el monopolio acusador del Ministerio Público. Para suprimir o atenuar los problemas que plantea, se han adelantado diversas propuestas y soluciones: desde el imperio estricto del principio de lega-

<sup>5</sup> Este procedimiento fue introducido en los Códigos de Procedimientos Penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997), en cuya elaboración participó el autor de este prólogo.

lidad, como dije, y ciertas “concesiones” al ofendido (así, la tenue función de coadyuvante, que no llega a ser actor), más el control de la actividad o inactividad del Ministerio Público por medio del amparo, hasta el franco establecimiento de un régimen de acción en manos de particulares, en forma principal o subsidiaria.

En otros países —numerosos— el Ministerio Público no ostenta semejante monopolio. Es el caso de España. A propósito de la legitimación, Fairén examina los supuestos del actor popular, el particular y el privado. Previamente ha defendido la figura de aquél (tema VI, XIII): “Tan fundamental figura... debe ser reformada, aumentando las posibilidades prácticas de su ejercicio, incluso para los recursos penales”; se “debe considerar al actor popular español —también existe en Inglaterra— como un colaborador eminente de la jurisdicción”.

En dos lugares de su *Teoría*, principalmente, explora el autor las cuestiones de la abogacía, la procuración y la defensa, a saber: temas VI (IX y XI) y X (VI). Hay en España —y en otros países— deslinde entre abogado y procurador. A esta doble función suele atribuirse encarecimiento en la asistencia jurídica, con el consecuente impacto sobre el acceso a la justicia. Hay, asimismo, colegiación obligatoria —que muchos deseamos para México, a través, claro está, de organizaciones que vigilen y defiendan, con rigor ético y profesional, el desempeño de sus colegiados— y existe obligatoriedad de la defensa por medio de abogado colegiado, en los términos de las leyes de enjuiciamiento civil y criminal.

Si a menudo se examina —y así debe ser— la “crisis” en los servicios de procuración y administración de justicia, con los consiguientes reproches a ciertos participantes en estas funciones públicas, no menos ha de ocurrir con el “servicio de defensa”, privado o público. Se trata, en efecto, de una cuestión crucial para el ciudadano y, por esta vía, para la nación. No sólo interesa la cantidad de defensa (por ejemplo, la intervención del defensor o de una “persona de confianza del inculcado” —como ahora dicen los códigos de procedimiento penal, con alcance diferente al que se da a esta misma expresión en la fracción IX del artículo 20 constitucional— en un número creciente de actos del procedimiento), sino la calidad de ella. No la

garantiza el principio de absoluta libertad en la designación del defensor penal: el nombramiento puede recaer en un imperito. De ahí el asesoramiento —no vinculante— que ha encomendado a un defensor de oficio el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. Tampoco es garantía bastante el actual sistema de asistencia estatal a inculpados que carecen de defensor particular: mucho habría que caminar en cuanto a la selección, preparación y —por supuesto— retribución de estos servidores públicos.

\* \* \*

En el estudio de los actos procesales —tema XI— figura el problema de la voluntad: íntegra o viciada. No son fuertes —advierte Fairén— “los mecanismos para combatir los vicios de la voluntad en los actos procesales civiles, contencioso-administrativos o laborales de las partes (pero) sí deben serlo y lo son en el proceso penal”. Naturalmente: es en este caso, y no en aquéllos, donde se plantea la más destacada relevancia de la confesión (ya no, empero, “reina de las probanzas”) y del testimonio, y donde, por lo mismo, surge el problema de las presiones para obtener esos actos de parte y de terceros. Nunca sobra la precaución para evitar el empleo de la tortura, acostumbrada —y “legitimada”— en el antiguo enjuiciamiento criminal.

Este punto ha sido dominante, con razón, en los recientes movimientos de nuestro derecho. Escenarios sucesivos o coincidentes tiene la ley patria sobre el particular: el reproche constitucional, la conminación penal sustantiva (así, los casos de abuso de autoridad, en concurso con otros resultados típicos: de lesiones, verbigracia), el rechazo procesal de la confesión forzada; adelante, la recepción de los convenios internacionales contra la tortura: el universal y el americano; luego, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1986; por último, la iniciativa de reformas —o de nuevo ordenamiento— que surgió en octubre y noviembre de 1991.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> La legislación procesal ha recibido normas que combaten la tortura y niegan efectos a las confesiones recibidas en forma diferente de la establecida por la ley. Al respecto, es relevante la reforma de 1993 a la fracción II del artículo 20 constitucional.

En aquellos documentos se sanciona toda forma de tortura: no importa, para tal efecto, la finalidad que se proponga el agente. Preocupa, sin embargo, la eventual fijación de sendas presunciones de tortura (*¿juris tantum? ¿juris et de jure?*), que se vinculan con la detención indebida o el incumplimiento de supuestos o reales plazos procesales. Bien que se invalide —que sea inadmisibles, no sólo ineficaz— la declaración obtenida en esas condiciones; es opinable, en cambio, que se presuma la tortura. Esto pudiera acarrear consecuencias penales inadmisibles.

Al hablar de referencias temporales de los actos procesales, Fairén observa que las leyes españolas yerran en el tratamiento de términos y plazos: los «confunden lamentablemente; adoptan *cuasi* enfermizamente, la expresión ‘término’». Este desacierto es común en el derecho positivo mexicano, y ha determinado usos erróneos en la denominación común de ciertos actos. Así, al auto de formal prisión —de procesamiento, en otros sistemas jurídicos—, que debe dictarse dentro de setenta y dos horas (plazo duplicable, en materia federal, si conviene al inculpado: ampliación plausible, conveniente, de una garantía constitucional al amparo del artículo 161, último párrafo del Código Federal de Procedimientos Penales),<sup>7</sup> se designa en la *vox populi* —que no debe ser, aquí, la *vox Dei*— como auto de “término constitucional”.

Fairén toma elementos objetivos y subjetivos —con algún predominio de éstos— para la clasificación de los actos procesales. Al referirse a los del juez, menciona las diligencias para mejor proveer en la zona civil y las extensas potestades instructoras en la penal (V, 1, A, a’ y c ). Todo esto tiene que ver con la capacidad de ordenación e impulso del proceso y se refleja, sin duda, en la indagación de su objeto y el establecimiento de la llamada verdad “material”. Aquí ingresamos ya en el dominio de la prueba. La mayor o menor intensidad en la función protagonista del juez o, en contraste, de las partes, sirve para identificar el signo procesal que se adopte —no por fuerza el contraste entre libertad y autoritarismo— y la hondura —

<sup>7</sup> En 1993 se reformó el artículo 19 constitucional para hacer posible —aunque con fórmula muy defectuosa— la ampliación del plazo para la emisión de ese auto.

“veracidad”, permítase la expresión— que el proceso consiga como medio para establecer los hechos, como estos son, y el derecho, la decisión judicial, como debe ser.

\* \* \*

En seguida —tema XI— se analiza el procedimiento, “forma exterior y armónica del proceso, a través de actos concatenados entre sí que llevan, desde que aparece el conflicto litigioso, hasta su resolución en la sentencia final” (1), que es como decir, con Florián: actos vinculados entre si por una relación lógica, cronológica y teleológica. En primer término se habla de los sistemas de principios procedimentales por razón de las facultades de jueces y partes (III). Y bajo este rubro se reexaminan los principios de oportunidad y legalidad, que antes he comentado. No volveré sobre lo dicho, pero debo destacar una observación del profesor Fairén, que invita a reflexionar. Las reformas en el proceso penal español amplían la “oportunidad”, como en México ha sucedido —dije antes— merced a la extensión de los supuestos de querrela (mínima) y perdón. Recuerda Fairén que hay opinantes “en favor de que no continúen las persecuciones penales cuando la víctima del delito haya sido indemnizada y el interés general no exija una condena”.

El autor entiende que aquí aparecen riesgos graves, como lo son “la indemnización de lo que sea el ‘interés general’ del que depende la persecución y condena, y su posible fijación por motivaciones políticas, por lo tanto, susceptible de fáciles alteraciones”. Quiere el tratadista soluciones que permitan “ese mínimo de seguridad jurídica que los ciudadanos eligen”. Propone, pues, evitar que los criterios de “oportunidad” se entreguen a personas o entidades dependientes del Ejecutivo o del Legislativo, “en perjuicio de la indiferencia judicial y de su misma subsistencia como tal poder”. De lo contrario, previene: “se vislumbran futuros ataques al mismo (Poder Judicial); y holgará el jurado. Y muchas de las garantías constitucionales”.

Sin pronunciarnos ahora sobre estas consideraciones, vale decir que debieran ser tomadas en cuenta, seriamente analizadas, en el estudio —todavía pendiente— sobre la naturaleza y la pertinencia

de diversos actos confiados a autoridades (actos simples de resolución, o actos complejos: resolución previa opinión de otra autoridad), que constituyen requisitos de procedibilidad aproximadamente equivalentes a la querrela. Los hay en numerosos campos: fiscal, de población, financiero, autoral, etcétera.

Dentro del mismo tema XI se discute una de las cuestiones más atractivas, importantes, del proceso: ¿que se quiere obtener con éste, en lo que atañe a la “transparencia” de la materia litigiosa? ¿Una versión formal, convenida o no discutida por las partes, que el juzgador debe aceptar? ¿Una versión estricta —hasta donde tal cosa sea posible—, ajustada a la realidad, es decir, una “verdad material” sobre los hechos sujetos a controversia, que el juzgador pueda establecer con auxilio de amplias potestades indagatorias?

No tiene caso hablar aquí de supuestos retornos a prácticas inquisitivas, que nadie admite ni pretende. Se trata de otra cosa: en el fondo, del uso mismo del proceso, de su significado y acaso de su legitimidad para establecer una verdad que luego el Estado, coactivamente, concurrirá a imponer. Esto se expresa de manera diferente en las especialidades procesales. En la civil (patrimonial) se admite con más facilidad la verdad denominada “formal”, consecuencia, ésta, de la dispositividad que las partes tienen sobre el objeto del proceso: a tal punto que mejor debieran llegar a un convenio resolutorio extrajudicial —nuevamente, autocomposición—, que gestionar una sentencia sobre hechos que el sentenciador no alcanza —legalmente no puede— a establecer con rigor. En efecto, las partes “guían” la capacidad del juez y “condicionan” su ejercicio.

Aquello, que suscita reparos en lo civil, es completamente inadmisibles en lo penal... o lo era. El entendimiento entre acusador e inculpado —característico del derecho anglosajón—, que desemboca en “inmunidades”, acusaciones “aligeradas” y penas disminuidas (o exención de pena), soslaya la verdad material. Es evidente que la prevalencia del principio de oportunidad puede vulnerar —como aquí vemos— la opción por la verdad material.

A otros principios se refiere también el autor en el tema XI: los que fijan diferencias entre procedimientos, según la “forma externa” que se adopta. La relación se inicia con el antiguo contraste en-

tre oralidad y escritura, tan estrechamente vinculado con la (relativa) oposición entre inmediatez y mediación. Una y otra vez se ha querido que impere la oralidad; igual número de veces se ha fracasado o, al menos, se han obtenido resultados modestos. Lo hemos visto en México, en materia penal, desde las reformas de 1971 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que buscaron reforzar (o bien, de plano, establecer) la moralidad en los actos de conclusiones. La costumbre milita en contra, con silenciosa energía. Correctamente señala Fairén: “la oralidad no se puede improvisar: precisa conocer con profundidad sus ventajas e inconvenientes en cada proceso, y mucho derecho comparado”. Lección para legisladores, pero también, sin duda, para la formación de los abogados.

El asunto de la inmediatez está pletórico de razones y consecuencias, y también abrumado de problemas. Mayor o menor es su importancia en las causas civiles —con la excepción de las familiares, cuya sustancia se halla siempre a media vía entre el *ius publicum* y el *ius privatum*: tercer género, que sostuvo Cicu. En lo penal, en cambio, es de la mayor importancia. La inmediatez es un buen cauce para el arbitrio judicial, vehículo, a su vez, de la individualización; esto no sólo si se quiere conocer —y se debe hacerlo, pese a todas las impugnaciones que se dirijan al concepto de peligrosidad— la personalidad del justiciable, sino estrictamente para advertir la verdad (material, naturalmente) acerca de los hechos imputados y la participación del inculpado en ellos, tema indiscutible del proceso penal. Sin embargo, los juzgadores, abrumados de trabajo, difícilmente pueden presidir personalmente las diligencias; han de confiar en sus secretarios. Es así como declina la inmediatez, seguida de una oralidad que también se ha desvanecido.

Otro principio procesal eminente es la publicidad, garantía constitucional en materia penal. La mirada de la opinión pública —ariete contra el autoritarismo— es una de las claves para el éxito de ciertos medios de protección de los derechos individuales: tal es el caso del *ombudsman*. Y, lo es del enjuiciamiento penal. El trecho que va del secreto a la publicidad ha sido, indudablemente, una de las grandes conquistas en el tránsito del régimen inquisitivo medieval al acusatorio y al mixto modernos.

Empero, la publicidad también puede militar contra la objetividad de la justicia y la independencia judicial. En efecto, sobre aquella se cierne el peligro de manipulaciones, extravíos, muchas veces más determinantes, eficaces, que la presión directa del poderoso. No sólo puede ejercer presión en el ánimo del juzgador, desviando a la justicia, el público que satura la sala de audiencias (o la plaza pública del antiguo régimen acusatorio y de ciertas oprobiosas versiones contemporáneas); también el que vigila —“orientado”— como receptor de las noticias que difunden los medios de comunicación masiva. Fairén afirma que el principio de publicidad está llamado, en un pueblo culto, a crecer la autoridad de los tribunales, que así “se transforman en *autoritas*, por su prestigio: es ella la que debe guiar a los tribunales, por encima de propagandas interesadas el ‘pueblo político’, el *demos* de los griegos, tiene la palabra. Sin confundirlo con figuras actuales” (IV, 4, B).

\* \* \*

Algunos autores ubican a la prueba entre los conceptos fundamentales del derecho procesal. En todo caso se trata de una cuestión central. Importa tener la razón, pero es indispensable demostrarlo: la prueba es el camino que lleva a la justicia; sin aquélla, ésta permanece remota, inasible, apenas como anhelo. En la *Teoría* del profesor Fairén Guillén, la prueba es un tema relevante. Refiere su papel en la psique del juzgador: “De la situación de ‘duda’ ante las ‘apariencias’ el juez... debe pasar a la de ‘certeza’, pasando seguramente por momentos de ‘verosimilitud’. Y ahí se halla la prueba, para realizar este difícil paso” (I). El *iter* probatorio conduce desde el nacimiento de la “sospecha” sobre la existencia de un hecho hasta la afirmación de éste. Pasa por estadios: duda, verosimilitud, convicción subjetiva, certeza. Aquí se halla el quehacer primordial del juez: arribar, si puede, a la certeza, que rechaza vigorosamente la duda inicial: una duda metódica que es buena herramienta para alcanzar la verdad.

Se ha dicho que la función judicial tienen mucho de la función divina; esto así, porque el juez resuelve sobre la culpabilidad o inculpabilidad de un hombre, y acto seguido decide su destino: si lo

condena, le privará de algún bien muy alto: acaso de la vida; a menudo de la libertad. Pero hay algo más: antes de ese momento y para llegar a él, el juzgador deber cumplir otra difícil, encumbrada actividad: conocer la verdad, y sobre este cimiento —que no debiera ser frágil, movedizo— fundar su sentencia.

No volveré sobre puntos arriba examinados: así, el principio de verdad material, decaído, a través de los convenios probatorios, entre ellos el *plea bargaining* que prospera en las costumbres judiciales norteamericanas (asimismo, el *plea guilty* en cuanto entrañe una disposición sobre el proceso mismo y la sanción, y no apenas sobre la vía procesal —verbigracia, la sumaria o la sumarísima—, como acertadamente resuelve, en México, el Código Federal de Procedimientos Penales).<sup>8</sup> Conviene, en cambio, apuntar dos palabras acerca de la pertinencia de la prueba.

Se sabe que el proceso tiene un tema y que éste es, obviamente, el tema exclusivo de la prueba. En consecuencia, las probanzas han de dirigirse a aquél, sea para negarlo, sea para afirmarlo, sea para descubrir particularidades y matices. Lo que no tenga que ver con ese tema es impertinente, sobra, distrae a la justicia, llena su camino de obstáculos, demoras, cuando no de trampas. De esto hay quienes han hecho rentable negocio. Por ello el juzgador ha de rechazar las pruebas impertinentes o inútiles; son inadmisibles. Claro está que el rechazo de lo impertinente no implica, en modo alguno, reducción del derecho que las partes tienen a probar sus pretensiones. A veces se ha confundido —o se ha querido confundir— la frivolidad de las peticiones probatorias con la libertad de prueba.

Esas preocupaciones y otras semejantes llegan al estudio de las facultades de las partes y las potestades judiciales en materia de prueba. Conocemos que en el régimen de proceso dispositivo —“intraprocesal”, califica Fairén—, aquéllas son muy grandes y éstas se mantienen reducidas. Empero, de aquí no se debe seguir la consecuencia

<sup>8</sup> Esta línea fue alterada, lamentablemente, por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996, que abre la puerta a “negociaciones penales” entre el Estado y el delincuente

de que las partes “imponga(n) al juez el dar al litigio una resolución absurda, irracional o, al menos, sospechosa de contener un dolo y aun un fraude”. Es terminante la conclusión del maestro español en este punto, que sugiere, me parece, una honda y honrada revisión de la dispositividad en cuestiones probatorias y un razonable ensanchamiento de la iniciativa judicial en procuración de la verdad material, en cuanto dice que “no se debe nunca llevar el sistema dispositivo intraprocesal hasta el extremo de hacer a la institución estatal o comunitaria ‘proceso’, cómplice de sucios manejos por parte de individuos o de colectividades” (VI, 1).

*Notoria non egent probatione; non potest ignorare quod publice notum est; manifesta non egent probatione.* Fairén recuerda que los hechos notorios no están sujetos a prueba, pero también pone en guardia sobre las fuentes de la notoriedad, que a menudo se logra por la manipulación de noticias, falsas o exageradas. Puede tratarse, incluso, de una difamación extrajudicial. Aquí se tiene, de esta suerte, una “notoriedad” absolutamente inadmisibles: jamás debiera fundar el juez sus pronunciamientos en semejante “evidencia”, que —puntualiza el autor, acertadamente— “puede producir grandes perjuicios a individuos, personas jurídicas y aun a los propios Estados” (VI, 1, C).

Tradicionalmente se declaran inadmisibles las pruebas contrarias al derecho o a las buenas costumbres. Éstas —en concepto de muchos— dan contenido a la “moral pública”. Tan comprensible rechazo no alcanza a evitar claramente, fuera de duda, el juego probatorio de medios obtenidos en contravención de la ley y que tal vez aporten luz sobre los hechos examinados. La impugnación de estos procedimientos ilegítimos para obtener pruebas, se vincula con la defensa de los derechos humanos ante la jurisdicción. Por ello me ha parecido razonable afirmar que lejos de que el fin (el conocimiento de la verdad) justifique los medios (los ilegítimos para obtener aquélla), en el enjuiciamiento contemporáneo es la legitimidad de los medios empleados lo que justifica (gracias a la admisibilidad y eficacia en tales medios) el fin que se alcanza.

En este orden de cosas ha tenido una influencia benéfica la jurisprudencia norteamericana. Son notables los casos *Mapp versus Ohio*

(1961), Escobedo *versus* Illinois (1964) y Miranda *versus* Arizona (1966). A partir de éstos, se ha visto como los llamados —peyorativamente— “tecnicismos”, en realidad garantías procesales, oponen un resuelto valladar a los abusos de autoridades. Así ha prosperado la *exclusionary rule*, que en México se plantea, de modo expreso, en las reformas procesales de 1990 sobre admisibilidad de la confesión.

Una vez más entran aquí en colisión —real o aparente— esos intereses de los que hablamos *supra*, que tienen su convergencia en el proceso penal: de un lado, la defensa de la sociedad y la satisfacción del agraviado por el delito; del otro, la preservación de los derechos del inculpado. Por ello no pocos analistas reclaman ponderación, juicioso examen, en las decisiones que aquí se adopten. Tal es el parecer del profesor Fairén Guillén, que pronuncia a propósito de la prueba prohibida. “Nos parece admirable y exigible” el respecto a los derechos fundamentales del hombre, escribe, “pero no puede convertirse su invocación con un ‘tabú’ de supuestos delincuentes. Ante indicios de criminalidad probados, deben ceder en algo derechos como el de la intimidad, el de la inviolabilidad del domicilio, etcétera”. En tal virtud, recomienda la solución caso por caso, “sin pretender establecer una jurisprudencia ‘constante’ que acabaría por degenerar. Y, naturalmente, cualquier forma de sevicias, ni siquiera debe admitirse y menos, apreciarse”.

Se ve, pues, la delicadeza del asunto y el deseo de atenderlo sin menoscabo de los intereses legítimos contrapuestos. Un desliz en cualquiera de las dos direcciones acarrea males gravísimos: el atropello sistemático a los derechos humanos, que acaba por entronizar un Estado policial so pretexto de seguridad pública, o la ominosa, inadmisibles impunidad, que deja la paz al garete, víctima a los inocentes y hasta puede desembocar —se ha visto de sobra— en fenómenos de vindicta extraoficial (“escuadrones de la muerte”).

\* \* \*

La doctrina suele referirse a recursos ordinarios y extraordinarios, ambos bajo el rubro de los medios de impugnación —tema XIV—, que puede abarcar, asimismo, otras figuras procesales. Aquéllos son

—indica Fairén— “actos procesales de la parte que se estima agraviada (o gravada) por un acto de resolución del juez, o tribunal, por lo que acude al mismo o a otro superior, pidiendo que revoque o anule el o los actos gravosos, siguiendo el procedimiento previsto en las leyes” (I). Habla el autor de parte “gravada” en cuanto la resolución que se impugna produce “gravámenes”: la afectación que conocemos bajo el nombre de “agravio”.

Durante mucho tiempo hubo en México, entre los recursos que se dice extraordinarios— pero escasamente estudiado—, un indulto “necesario”. Servía éste para impugnar una sentencia, incluso en etapa de ejecución, en virtud de específicas y muy graves razones. Algún Código estatal llamó revisión a ese indulto necesario. Hoy se habla, merced a la reforma penal y procesal de 1983, de reconocimiento de la inocencia del sentenciado. Con ello se dejó atrás el indebido empleo de la voz indulto. Ahora bien, a este recurso se conoce, generalmente, como revisión. Así lo aborda Fairén, en los procesos civil, penal y laboral españoles.

No es novedad que la revisión se conceda contra sentencia de condena, aunque así quede en entredicho la cosa juzgada, o decaiga de plano, asunto diversamente considerado por los tratadistas. ¿Como permitir, en efecto, la subsistencia de la condena y de la consecuente ejecución por un delito de homicidio, si aparece viva la supuesta víctima? ¿Y como permitirla —también por ejemplo— si la sentencia se fundó solamente en el dicho de testigos que resultaron falsos, o en la fuerza de documentos falsificados? La justicia reclama que semejante sentencia quede sin efecto —se anule—, cualquiera que sea el impacto que ello apareje para la cosa juzgada. Es insoportable una “verdad legal” tan flagrantemente enfrentada a la “verdad material”.

Si es general la admisión del recurso contra la sentencia de condena, no lo es contra la absolutoria. En este terreno sigue imperando un principio de favor al reo, que por múltiples vías penetra en el derecho y en el procedimiento penales (tal ocurre, *verbigracia*, en otro extremo a propósito de la impugnación, también examinado por Fairén: la *ne reformatio in pejus*). Pero no es absolutamente desconocida la impugnación en estos casos, tema sujeto a opiniones encontradas. El autor menciona el punto y añade que la revisión de la

sentencia absolutoria implica un problema de política criminal, no uno conceptual, “ya que la seguridad jurídica de una comunidad puede hacerla exigible, por lo que la idea no se puede desechar de plano y sin previo examen minucioso” (VII).<sup>9</sup>

Con alcance para el tema XIV, en su conjunto, es interesante el análisis sobre la naturaleza del derecho de impugnación (X). Se trata de establecer, en su caso, la existencia de una acción impugnatoria autónoma. Una es —o puede ser— la conclusión para la mayoría de los recursos: otra, para la revisión. Sobre aquel supuesto se ha dicho que hay “tres diferentes y consecutivos del mismo proceso, por lo que las posibilidades de apelar y de recurrir en casación eran solamente momentos o fases de la posibilidad constituida por el llamado derecho procesal de acción (Lang, Philippi, Ugo Rocco)”. También se ha creído que “la acción, desarrollada por la pretensión, extiende su alcance no solamente a una primera instancia, sino a la segunda, tercera si existiere y casación, y aun a la ejecución de la sentencia: su fuerza solamente queda neutralizada por la cosa juzgada”.

En México, el viejo recurso de casación desapareció para ceder el sitio al amparo como medio de control de la legalidad (sin embargo, la casación dejó claras huellas en los ordenamientos procesales penales muy influidos por los precedentes decimonónicos; así, en las hipótesis de reposición del procedimiento por *error in procedendo*). La opinión dominante distingue nítidamente entre el proceso ordinario y el de amparo: vienen a cuentas acciones y pretensiones diferentes. Esta situación queda de manifiesto, con mayor certeza, en el amparo-casación penal, habida cuenta de que el Ministerio Público, actor único en el proceso penal, carece de acción de amparo (e inclusive de la posibilidad de impugnar por revisión, que sí tienen, en cambio, las autoridades fiscales): ésta sólo incumbe al particular condenado en el proceso penal, “quejoso” para fines de amparo.

<sup>9</sup> En este punto puede analizarse también la operación del principio *ne bis in idem*, que puede ser desechado en determinados casos, como lo previene el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998).

\* \* \*

De la cosa juzgada trata el tema XV. Ahí se examinan las especies de ésta: formal y material, y sus límites objetivos y subjetivos, así como las diversas resoluciones que surten efectos de cosa juzgada material. Con frecuencia se suscita el problema de la cosa juzgada en el campo penal, donde su eficacia resulta menos clara que en el civil. Se pone en duda, inclusive, la existencia de una cosa juzgada material cuando la sentencia de condena puede ser en todo tiempo impugnada, a través de la revisión. Este punto ha sido escasamente explorado en México. Aquí es pertinente reflexionar sobre dicha revisión —o “reconocimiento de la inocencia del sentenciado”— y acerca de la cosa juzgada y el amparo, tomando en cuenta que cuando se trata de sentencia que condena a pena privativa de libertad —entendida como “ataque a la libertad personal”— no precluye el derecho de actuar en el plazo de quince días, que alcanza, en cambio, a otros supuestos de impugnación de resoluciones.

Un tema cercano al anterior, tampoco suficientemente explorado entre nosotros, es el relativo a los efectos de la determinación de no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En este punto divergen los pareceres y las soluciones legislativas: de éstas, unas afirman el valor definitivo de la resolución de no ejercicio (que se ha llamado de “sobreseimiento administrativo” en vista de esos efectos, o bien, de “archivo”); otras sólo le reconocen eficacia provisional, lo que la equipara, prácticamente, a la determinación de “reserva”.

No comentar, aquí los argumentos, interesantes, en favor de cada una de esas posiciones. Pero subsiste la pregunta sobre la eficacia de la resolución de “no ejercicio”: ¿impide en definitiva el inicio de todo procedimiento penal ulterior —si hay identidad de sujetos y objeto, se entiende—, en forma parecida o igual a la que deriva de una sentencia firme preexistente, es decir, opera una especie de excepción de cosa juzgada?<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Por reforma de 1994 al artículo 21 constitucional, se estableció la posibilidad de impugnar, en vía jurisdiccional, la resolución del Ministerio Público de no ejercicio o desistimiento de la acción penal. Durante varios años prevaleció la confusión sobre la vía adecuada para esa impugnación. La Suprema Corte de Justicia entendió —al resolver una contradic-

Otro asunto importante, abordado por el profesor Fairén, es el de los efectos recíprocos de las sentencias civiles y penales. En lo que atañe a la fuerza de estas sobre el juicio civil, se ha atendido, tradicionalmente, al principio de que *le criminel tient le civil en état*. El autor de la *Teoría* examina el alcance que se deba dar a esta regla. Al respecto, señala: “Seguimos estimando que la ‘vinculación’ del tribunal civil lo es a la sentencia penal como ‘el hecho de la condena a una pena por responsabilidad penal’ y nada más” (XI, 3).

Hasta 1983 se mantuvo vigente —por falta de prevención legal expresa— la duda sobre los efectos que una “resolución” penal —así, del Ministerio Público o del juzgador— desestimatoria de la responsabilidad penal (o de la posibilidad de exigirla) puede tener sobre los derechos patrimoniales del ofendido. En efecto, éste no está en posición de actuar penalmente por sí mismo; tampoco se le concede impugnar, en cuanto al fondo de la cuestión, la sentencia absolutoria. El vacío se colma gracias a un nuevo párrafo 3 del artículo 34 del Código Penal, otra aportación de la fecunda reforma de 1983. Quien se considere con derecho a la reparación del daño tiene franco acceso a la vía civil cuando no pueda obtener el resarcimiento “ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria”. Ahora bien, me parece que el juzgador civil habrá de examinar el factor de dichos no ejercicio, sobreseimiento o absolución: una cosa es que aquéllos se funden en la licitud de la conducta (por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, que “justifican” el comportamiento del agente e impiden, por ello, toda suerte de responsabilidad —penal o civil— para éste), y otra que vengan al caso circunstancias excluyentes de culpabilidad o causas que simplemente impiden la persecución: extinción de la responsabilidad (así, prescripción, amnistía, muerte del incul-

ción de tesis— que podía hacerse uso del amparo, en tanto no existiera un procedimiento establecido a tal efecto por la ley (que es lo que se debió hacer en consecuencia de la reforma constitucional de 1994, si los legisladores hubieran sabido a dónde querían llevar esta materia); posteriormente se reformó la Ley de Amparo para recibir en ella, francamente, la posibilidad de juicio de garantías en contra de tales determinaciones del Ministerio Público.

pado, etcétera). Estas no aparejan, de suyo, la irresponsabilidad patrimonial (del autor o de terceros civilmente obligados: herederos, padres, tutores, por ejemplo).

\* \* \*

¿Justicia onerosa o justicia gratuita?, ¿cómo resolver, en aquel caso, la prestación del servicio a los desvalidos? Este punto invita a meditar sobre diversos extremos; uno de ellos, las costas, que es el rubro del tema XVI de la *Teoría* a la que estas líneas sirven de prólogo. Empero, el documentado estudio del doctor Fairén va más lejos. Aborda una de las mayores cuestiones que hoy se plantean a la justicia, servicio que el Estado debe a los particulares, razón nuclear de la existencia misma del Estado (que primero es policía, juez, ejecutor, y sólo después educador, tutor, médico, empresario...): el acceso de los individuos a la justicia ¿Se trata de un derecho humano? Sin duda, y por cierto uno de los más relevantes.

Espero, no ha sido sencillo —no lo es— el verdadero acceso a la justicia. Un cúmulo de obstáculos lo impide, o al menos lo reduce: el alto costo del patrocinio, la onerosidad de la administración de justicia, el burocratismo, la extrema complejidad de los procedimientos, la lentitud —hasta culminar en denegación de justicia— en el despacho de los asuntos, las frecuentes desviaciones: otro modo, piadoso, de nombrar a la corrupción que acecha, etcétera. El acceso a la justicia deviene, pues, un trabajo de Hércules. Y todo lo que se lleva dicho sobre el proceso, y cuanto se quiera agregar, en bibliotecas enteras, pierde sentido si el hombre común no puede comparecer ante los órganos del Estado, exigir justicia —en ejercicio de su derecho de petición— y obtenerla cuanto antes, en términos más ventajosos que los que supondría resignarse ante la conducta adversa, conformarse con la “mala suerte”. De esta magnitud es la cuestión.

En este orden de consideraciones son muy valiosos los trabajos de Cappelletti, que Fairén reconoce. Dice aquí: la expresión “acceso a la justicia” no es fácilmente definible, pero es útil para referirnos al principio fundamental de todo sistema jurídico para que el pueblo

pueda ejercer y/o solucionar sus conflictos por medio del Estado. En primer lugar, el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos, y en segundo lugar, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo (II).

Proporciona Fairén datos aleccionadores acerca del monto de las costas en varios países, hacia 1987. El balance es desolador. Añade un comentario sobre el problema de la duración de los procesos, que impone nuevas cargas patrimoniales, a menudo muy severas. Valga el ejemplo de Italia, tomado de Vigoriti y correspondiente a 1973: 556 días ante el órgano unitario de primera instancia (*pretore*); 994 ante el colegiado de primera instancia; y 769 ante el tribunal de apelación. No eran menos impresionantes, años atrás, los casos de otros países: España, Francia, Bélgica. Agreguemos que en materia penal el problema sube de punto, tomando en cuenta el caso, verdaderamente dramático, del preso en espera de condena. Lo ha estudiado, en lo que toca a nuestros países, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD, San José, Costa Rica). Las cifras que proporciona son alarmantes. De ahí que se busque —México es ejemplo de ello, mediante sendas reformas sobre libertad provisional, promovidas en 1990 y 1991— disminuir al mínimo posible el empleo de la prisión preventiva.

El acceso a la justicia (como obtención de sentencia pronta y justa, que es una de sus manifestaciones) se atiende también mediante el relevo del método jurisdiccional, para sustituirlo por sencillos medios extrajudiciales, y la adopción de procedimientos, estos sí jurisdiccionales, de carácter sumario o sumarísimo. Desde luego, todo esto implica riesgos. Ha de explorarse, concretamente, cuidadosamente. Es obvio que la autocomposición tiene límites, que han de ser escrupulosamente observados, pues no se trata de desandar peligrosamente la historia. En lo que toca a los procesos abreviados, será preciso cuidar de que no prescindan de garantías indispensables, en aras de la celeridad. Afortunadamente esto se ha resuelto bien en México, a mi modo de ver, en los procesos sumarios que ingresaron al enjuiciamiento penal del Distrito Federal en 1971 —en-

tonces en forma insuficiente— y ganaron terreno en 1983 en los sistemas común y federal.<sup>11</sup>

En torno a este punto son pertinentes las consideraciones que la *Teoría* contiene: “no podemos desechar el trabajo de ‘poner al día’ procedimientos procesales, jurisdiccionales... Y no olvidarnos del proceso penal. Es el más importante. Ahí sí que no se pueden adoptar tendencias ‘parajurisdiccionales’ a no ser que destruyamos la idea de jurisdicción y tornemos a los tiempos de la venganza privada o de grupo (II)”.

Es importante definir las consecuencias patrimoniales de la absolución del inculpado, en lo que respecta al resarcimiento de los daños y perjuicios causados, tanto los patrimoniales como los morales, cuantiosos. El problema crece cuando el procesado absuelto estuvo sujeto a prisión preventiva. Existe una creciente tendencia a exigir resarcimiento por parte del Estado; no sólo aparece en la doctrina, sino también en instrumentos internacionales y textos nacionales. Tratamos, sin éxito, de incorporar esta reparación en el Código Penal para Veracruz, de 1980 (basado en el proyecto que elaboró en 1979 el Instituto Nacional de Ciencias Penales, documento en el que se apoya —lo declare o lo silencie— casi toda la reforma penal mexicana de años posteriores).

En este campo aparece la posible condena en costas del Ministerio Público. Se hallan divididas las opiniones. Fairén cita las de Alcalá-Zamora —partidario de la condena en costas que será satisfecha por el Estado, solo cuando el funcionario ha rebasado los límites de la mera falta del servicio para incurrir en falta personal— y Gómez Orbaneja —quien sostiene que no debe ser condenado, “por razones de conveniencia y de prestigio”— (Fairén acota, con razón: “no nos convence; querríamos razones de ‘justicia’”).

El asunto merece reflexión. La solución no es sencilla. Ha de tomarse en cuenta la diferencia, tan relevante, entre la responsabilidad personal de un miembro del cuerpo del Ministerio Fiscal —el agente

<sup>11</sup> Sin perjuicio de que luego se desandarará el camino por la admisión del carácter facultativo del procedimiento sumario, como ocurrió en la legislación del Distrito Federal, en 1971. Esta posibilidad suele ser más benéfica para el cobro de honorarios profesionales que para el buen desempeño de la justicia.

del Ministerio Público, decimos nosotros— y la del Ministerio Fiscal mismo, es decir, de la institución del Ministerio Público (recuérdese el rasgo de “irresponsabilidad” que le atribuye un amplio sector de la doctrina, seguida en México), que en nuestro país se localiza en la dependencia llamada Procuraduría.

El tema VII de la *Teoría* se concentra en la justicia gratuita. Está ligado estrechamente, pues, con el tema XVI, que líneas arriba comentamos. Se sabe que donde la justicia —un servicio público— está sujeta a costas —me refiero aquí a los gastos que debe hacer el contendiente como contraprestación al servicio del Estado, cualquiera que sea el título jurídico que se les asigne— existe también la posibilidad de relevar de tales contraprestaciones —en todo o en parte— a quienes carecen de los medios para erogarlas. Surge aquí, entonces, un “beneficio” para determinados litigantes: justicia gratuita. Esta es la consecuencia de la pobreza. No se debe abrumar al menesteroso con exigencias económicas que le privarían, materialmente, de acceso a la justicia.

Hace ver el profesor Fairén que no pocos juristas, autores de obras de carácter general, se abstienen de examinar la naturaleza jurídica de ese “beneficio”, acaso por considerarla evidente. Habrá que volver, me parece, al tema del acceso a la justicia: el beneficio es un instrumento para hacerlo posible, en hipótesis en que no lo sería; es, pues, un corrector de la desigualdad material, de la injusticia social; un medio para favorecer o intentar, también aquí, el antiguo ideal, un sueño, sin duda, de la igualdad de oportunidades.

En México ha imperado el principio de la justicia gratuita. Tal es, al menos, el texto constitucional. Se trata de una garantía que ha perdurado en el artículo 17 de la ley suprema, tanto en la versión original de 1917 como en la reformada de 1987. Este precepto aborda el tema del derecho —y el acceso— a la justicia como cuestión autónoma, no solamente implícita en el derecho de petición —aun cuando el de acción sea un derecho específico dentro del género petición—, que se localiza en el artículo 8o. Tras referirse al derecho a la justicia y a ciertos caracteres de ésta, el párrafo 2 del artículo 17 resuelve que “su servicio (de los tribunales) será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

\* \* \*

No debo extender más mis comentarios sobre la *Teoría general del derecho procesal*, del doctor Víctor Fairén Guillén. Sólo he querido, como dije, añadir algunas reflexiones, sobre todo a propósito del derecho procesal mexicano. He acentuado las referencias al enjuiciamiento penal, materia que profeso en nuestra Facultad de Derecho, considerando las relevantes y numerosas reformas que ha recibido en los últimos años —una década, prácticamente, de incesante labor— y las cuestiones que éstas suscitan.

Estoy seguro de que el lector encontrará en esta *Teoría* —como lo he hallado yo mismo— abundante material para una reflexión provechosa. La obra contribuirá al progreso de los estudios procesales en los países de habla española. Ella misma es una muestra elocuente, magistral, de ese avance notable. Dejo al maestro la palabra, que inicia el dialogo con sus lectores.