



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 21, julio-diciembre 2009

CAPPELLETTI, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007, xix-461 pp.

I. Mauro Cappelletti murió a los 76 años de edad el 10. de noviembre de 2004, después de padecer una cruda enfermedad que lo mantuvo alejado de la vida académica durante una década. Su obra giró alrededor de tres preocupaciones, como él mismo lo relata en su último libro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*,¹ publicado diez años antes de su lamentable partida: *la dimensión constitucional*, para lograr la libertad y la dignidad humanas, especialmente ante la necesidad de buscar mecanismos para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; *la dimensión social de la justicia*, bajo la idea de la equidad ciudadana a través del efectivo acceso a la justicia; y *la dimensión transnacional de la justicia*, que contribuye a la integración económica, social y cultural de los países, lo que ha provocado las complejas relaciones entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales e internacionales.

A tres años de su sensible pérdida aparece el libro que hoy reseñamos y refleja esos ejes temáticos que marcaron toda su obra. La actual publicación se debe a la iniciativa de uno de sus colegas y amigos más cercano: Héctor Fix-Zamudio. Ambos juristas pertenecientes a la mejor doctrina del procesalismo científico y discípulos dilectos de Piero Calamandrei y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, respectivamente. Muy temprano en sus vidas académicas se conocieron con motivo del primer viaje a México que realizará el entonces profesor de derecho procesal civil de la Universidad de Macerata, con motivo del Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Proce-

¹ Bolonia, Il Mulino, 1994.

sal.² Los dos celebrados conjuntamente del 14 al 18 de febrero de 1960 en la Biblioteca “Antonio Caso” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cabe destacar que en este evento se designó a Niceto Alcalá Zamora y Castillo como primer presidente del Instituto Latino-Americanano de Derecho Procesal (luego denominado Iberoamericano). A partir de esa fecha los juristas italiano y mexicano cultivaron una amistad profunda y compartieron la misma pasión: el estudio sistemático de la justicia constitucional a la luz del derecho comparado. Se debe a ellos y a sus insignes maestros la cimentación científica de lo que hoy se conoce como *derecho procesal constitucional*.

Esta amistad e interés en común motivó que Fix-Zamudio tradujera la obra pionera de Cappelletti denominada *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*,³ que puede considerarse el parteaguas del derecho procesal constitucional comparado. Fue traducida por el jurista mexicano al español en 1961, seis años después de su publicación original, bajo el título de *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*,⁴ con un apéndice del propio Fix-Zamudio (más extenso que el propio libro de Cappelletti), denominado *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*. Este apéndice constituye una ampliación y actualización de la tesis que para obtener el grado de licenciado en derecho elaborara Fix-Zamudio en 1955⁵ y que defendiera de manera sobresaliente en enero de 1956; trabajo dirigido por su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que si bien se dirige a una exposición sistemática de las instituciones mexicanas, ha servido como punto de partida para sus futuras reflexiones sobre el derecho procesal constitucional en cuanto fenómeno científico.

² Las Primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de Eduardo J. Couture y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las XX Jornadas tuvieron lugar en Málaga, España, en octubre de 2006 y las XXI Jornadas se celebrarán en Lima, Perú, en octubre de 2008.

³ Milán, Dott. A. Giuffrè, 1955 (Quaderni dell’associazione fra gli studiosi del processo civile, VII).

⁴ México, UNAM, 1961.

⁵ *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: un estudio procesal del amparo*, México, 1955.

II. La obra que hoy se reseña recoge dos libros publicados con anterioridad en México. El primero aparece en 1987 denominado *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*;⁶ y el segundo en 1993, con el título de *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*.⁷ Ambos libros con prólogo del propio Fix-Zamudio y el segundo con la traducción de Héctor Fix-Fierro.

Esta edición de 2007 recopila esos dos libros de Cappelletti, con un nuevo prólogo de Fix-Zamudio y presentación de Fernando Serrano Miggallón. Para una mayor claridad abordaremos cada uno de los libros por separado, debido a que si bien los dos tienen en común ser estudios de derecho comparado y provenir de conferencias que dictara en la Facultad de Derecho de la UNAM en 1965 y 1990, se trata de dos temáticas distintas que fueron motivo de estudio del jurista italiano en diversas etapas de su vida.⁸

III. En el primer libro, como su propio nombre lo indica, versa sobre la justicia constitucional en una dimensión comparada. Constituye la quintaesencia del pensamiento de Cappelletti sobre la temática. Los diversos ensayos los hemos agrupado en tres apartados para efectos de la presente reseña, a saber: A) El control judicial de la constitucionalidad de las leyes; B) El juez constitucional, sus poderes y legitimación democrática; y C) La justicia constitucional supranacional.

A) *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. En su segundo viaje a México del jurista italiano, los días 22 a 26 de febrero de 1965, impartió cinco conferencias magistrales en el aula “Jacinto Pala-
res” de la Facultad de Derecho de la UNAM con motivo de sus cursos de invierno, terminando con una mesa redonda denominada “Amparo y casación”, y en la que participaron, junto con el maestro italiano, Ignacio Medina, Humberto Briseño Sierra, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Héctor Fix-Zamudio y L. Capin Martínez.

Sus intervenciones en este evento se reunieron en una publicación al año siguiente, que dio lugar a la obra ya clásica entre nosotros: *El control*

⁶ México, UNAM, 1987.

⁷ México, Porrúa, 1993.

⁸ En general, respecto a la obra de Cappelletti, véase nuestro trabajo, que hemos tenido en consideración para la elaboración de la presente reseña: “Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado”, ponencia presentada en el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, cuyas memorias se encuentran pendientes de publicación.

judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado,⁹ con prólogo de Ignacio Medina y traducida por Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio. Una versión sintética y relaborada apareció en Estados Unidos por el propio Cappelletti (junto con Jhon Clarke Adams) con el nombre de “Judicial Review of Legislation: European Antecedentes and Adaptation”;¹⁰ y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.¹¹ Obra muy importante en la difusión del pensamiento de Cappelletti a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés. Precisamente es esta obra (con nueva traducción de Luis Dorantes Tamayo), la que constituye el primer apartado del libro materia de la presente reseña.

En primer lugar, Cappelletti encuadra la institución del control judicial de las leyes dentro del derecho procesal constitucional (o como prefiere denominarlo “justicia constitucional”) y cómo se distingue de fenómenos coligados, afines o contrapuestos a esta figura. Así, la distingue del juicio de amparo mexicano, que si bien funciona como “amparo contra leyes”, asevera el profesor italiano y siguiendo los trabajos de Fix-Zamudio, que lo cierto es que el núcleo originario de la institución es el “amparo como garantía de los derechos de la libertad”. También distingue la institución de estudio con otras manifestaciones como el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos que conoce el Tribunal Constitucional Federal alemán o los juicios sobre los “conflictos de atribución” que conoce la Corte Constitucional italiana.

Delimitado el objeto de estudio, Cappelletti analiza de manera profunda la manera en que surgen los controles de constitucionalidad de las leyes, así como su desarrollo y adaptación en los países americanos y europeos. De esta forma puede advertir aquellos sistemas que adoptan el control judicial y los que siguen el control político, desde Francia hasta los realizados por los antiguos países socialistas. Es curioso observar el detallado estudio comparativo que realiza, entrando incluso al análisis del control constitucional y legal, como la función original y evolutiva de la *Cour de Cassation*.

⁹ México, UNAM, 1966.

¹⁰ *Harvard Law Review*, Bobbs-Merril, vol. 79, abril de 1966, núm. 6, pp. 1207-1224.

¹¹ Milán, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpresiones posteriores.

Cappelletti estudia algunos precedentes históricos del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Para ello estima parcialmente cierto el fundamento histórico de la tesis de James Allan Clifford Grant relativa a que el control judicial de las leyes es una contribución de las Américas a la ciencia política.¹² Considera que si bien es cierto que antes de la *judicial review (of the constitutionality of legislation)* derivada de la famosa resolución del *chief justice* John Marshall, en *Marbury vs. Madison* de 1803, no existió en Europa un tipo de control de esa naturaleza, también lo es que en otros y más antiguos sistemas jurídicos existía una especie de supremacía constitucional de ley o de conjunto de leyes, que con la terminología moderna pueden llamarse “constitucionales” o “fundamentales” respecto de las otras leyes “ordinarias”. De esta forma, Cappelletti estudia tres antecedentes en la historia antigua, en la época medieval y en la moderna. En la primera se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómas* (ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (decreto), debiendo éste ajustarse a aquél para que fuera legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómas* consistía en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranónon*, además de derivarse, por fuerza de principio, la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómas*.

El segundo precedente lo encuentra en la Edad Media, especialmente en la forma en que se concebía el derecho y la justicia derivada de la escuela iusnaturalista de los siglos XVII-XVIII. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la *Hereuse impuissance* del rey de violar las *lois fondamentales du royaume*. La concepción del *jus naturale* ligada con el pensamiento de Platón y Aristóteles, y particularmente de la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón, de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. Cappelletti, sin embargo, se preguntaba: ¿cuál ha sido el precedente inmediato, el que más pudo haber influido en la institución estadounidense? Para el jurista italiano lo fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el Parlamento. Menciona el célebre *Bonham's Case* y no obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y

¹² Cappelletti se refiere a la obra de Grant, James Allan Clifford, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1963.

entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del Parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del Parlamento a partir de la revolución de 1688. Esta paradoja la pone de manifiesto Cappelletti, al advertir que la supremacía del Parlamento inglés no se instauró en los Estados Unidos, como sí sucedió con la doctrina de Lord Coke. De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Edward Coke, que se instaló en los Estados Unidos y paradójicamente en Inglaterra y ahora en sus ex colonias ha prevalecido la “supremacía del Parlamento” y no la de los jueces. Este temor del “gobierno de los jueces” se acentuó también en Francia.

Una contribución notable del jurista italiano, es el análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Esto es, al sometimiento del fenómeno en cuestión a un “panorama tipológico”, bajo tres aspectos: i) El perfil “subjetivo”, referido a los órganos a que corresponde el poder de control; ii) el perfil “modal”, relativo al modo como la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; y iii) el perfil “funcional”, que se dirige a los efectos de la decisión judicial de la cuestión de constitucionalidad, en un doble aspecto: sea respecto a la ley sometida al control o sea respecto al caso concreto en el cual la cuestión de constitucionalidad se haya presentado eventualmente.

Además de los tres perfiles señalados, el destacado jurista italiano deja ver otros interesantes problemas vinculados al control judicial de la constitucionalidad de las leyes. El fenómeno bajo el perfil de la “técnica procesal” fue desarrollado en su ponencia presentada en México en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Cappelletti en este sentido sigue a Francesco Carneletti, que consideraba a la jurisdicción constitucional como una jurisdicción no contenciosa, una manifestación de la “jurisdicción voluntaria”. Tesis minoritaria que ha tenido pocos seguidores, debido a que el proceso constitucional adquiere dimensiones esencialmente jurisdiccionales, con independencia de la intervención formal de las partes.

Otros problemas señalados por el jurista italiano ante el fenómeno en estudio son: a) los relativos a la especificidad en la interpretación de las normas constitucionales, temática que se encuentra en la actualidad en el centro del debate no sólo del constitucionalismo y del derecho procesal

constitucional contemporáneos, sino en general de la teoría del derecho y estrechamente vinculados a la propia legitimación democrática de los jueces constitucionales, como veremos en el siguiente epígrafe; b) el tipo de control de la constitucionalidad “formal” o “material” de las leyes. El primer caso se refiere a la observancia de las formalidades esenciales que la ley prescribe para la formulación, promulgación y publicación de las leyes, mientras que el segundo se refiere al control sobre el contenido mismo de la ley; y c) el problema de gran importancia práctica y también ideológica de la publicidad de los votos disidentes, que en ciertos países, como en Italia, no son permitidos a los jueces constitucionales.

B) *El juez constitucional, sus poderes y legitimación democrática.* La preocupación de Cappelletti no sólo se dirigió a la función de los tribunales constitucionales, la forma y el tipo de control. Estudió también con profundidad en varios ensayos la dimensión y facultades de los poderes del juez constitucional, algunos de ellos recopilados en la obra preparada por el recientemente desaparecido constitucionalista francés Louis Favores con el título precisamente de *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*;¹³ especialmente a través del ensayo *La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)*¹⁴ reproducido en la obra que reseñamos.

El profesor italiano narra su participación en un importante congreso celebrado en Florencia en 1981 bajo el título *Tribunal constitucional y desarrollo de la forma de gobierno en Italia*. Si bien los participantes se centraron al caso italiano, resultan de relevancia las ponencias de los distinguidos profesores al dirigirse esencialmente a los problemas que atañen a la cuestión de la “politicidad” o “creatividad” del juez constitucional. Al haber sido superadas las tesis relativas a la naturaleza mecánica de la función judicial como meros aplicadores del derecho, el comparatista italiano estima que el carácter de lo político queda reducido a una mera graduación “cuantitativa” del grado de creatividad. Ésta más acen-

¹³ Traducción al francés por René David, prefacio de Louis Favores, Presses universitaires D’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Economica, 1990. En esta obra se recopilan siete ensayos de Cappelletti referidos al tema que engloba su título.

¹⁴ Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad, cit.*, nota 19, pp. 366-452; reproducido en México en la obra que se reseña, pp. 111 y ss.

tuada en la actividad del legislador que en la del juez ordinario, aunque más marcada en el quehacer del juez constitucional debido que tiene que operar con normas-principio. La tesis central de Cappelletti consiste en que la interpretación del juez constitucional tiene inevitablemente una discrecionalidad considerable.¹⁵ En especial cuando se trata de los derechos fundamentales y libertades públicas. Lo que caracteriza la función judicial, señala,

y la diferencia de la legislativa o la administrativa, es la presencia de las llamadas durante varios siglos garantías de “justicia natural” (*nature justice*). Tales garantías consisten, en primer lugar, en el hecho de que el juez, por serlo y mientras lo sea, no puede actuar de oficio, sino sólo a instancia de las partes de la relación litigiosa o de sus representantes (*nemo judex sine actore, ubi non est actio non est jurisdictio, wo kein Kläger da ist auch kein Richter*). De ello resulta que el juez es, al menos en este sentido, un tercero imparcial (*super partes*). En segundo lugar, las garantías consisten también en que el proceso jurisdiccional está regido por el principio fundamental de la contradicción (*audi et alteram partem*), es decir, el principio en virtud del cual el juez debe ofrecer a las partes de la relación o situación sobre la que está llamado a decidir, o a los representantes de ellas, una posibilidad adecuada de defensa. El juez debe actuar, en suma, dentro de los esquemas procesales de un *fair hearing*, con todas las consecuencias —de relevancia también (hoy) constitucional— que ello implica en el plano de las notificaciones, de las pruebas y de su consideración, de los límites de la sentencia, de la motivación, etcétera.

En otras palabras, el carácter participativo del proceso jurisdiccional y especialmente del proceso constitucional, debe tener sustento en el respeto de las normas fundamentales de la justicia natural, no entendida como una actuación de oficio del juzgador, no actúa *in causa propria y ex officio*, sino en cumplimiento de una actuación de parte en el que se decide en forma congruente con la demanda y respetando el debido proceso legal. Tesis fundamental de Cappelletti que lo centra esencialmente en los procesos constitucionales de la libertad.

¹⁵ Cappelletti hace referencia a un trabajo anterior, en defensa de su tesis: “L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loto fine generico (Natura tendenzialmente discrecionale del provvedimento di attuazione Della norma costituzionale)”, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Milán, Giuffrè, 1959, vol. III, pp. 83-163.

Esta aseveración del jurista italiano creemos debe matizarse con la actuación de los tribunales constitucionales contemporáneos, en la que existe un amplio grado de suplencia y de actuación con base en el interés público para salvaguardar el principio de supremacía constitucional.

El problema de “politicidad” o “creatividad” de los jueces constitucionales, Cappelletti los resume como problema de i) graduación concreta, esto es, la cantidad o medición de tal creatividad; y ii) prevención de infracciones, de las garantías fundamentales que caracterizan la jurisdiccionalidad. La creatividad puede ser medida conforme el grado de suplencia, la cual se puede manifestar de dos maneras: sea “patológica” o “fisiológica”. La primera aparece cuando existe un desequilibrio entre los poderes públicos y opera la suplencia del juez como “misión de creación, evolución, transformación o modernización del derecho que, aunque se encuentre en el espíritu de la Constitución, no ha sido cumplida adecuadamente por el legislador o, más en general, por las ramas políticas del gobierno”; la segunda, cuando existe equilibrio de poderes (*check and balances*), “nos encontramos ante una situación fisiológica cuando los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, están marcados por el signo positivo de fuerza en el equilibrio”. Si bien la creatividad se da con mayor intensidad en el campo de la suplencia “patológica”, no quiere decir su inexistencia en el plano “fisiológico”, ya que la “interpretación pura no existe; toda interpretación comporta un elemento de creatividad”. Es por ello que en realidad la fuerza creadora de los jueces constitucionales no puede quedarse en la abstracción teórica e inmutable, sino esencialmente de los problemas concretos, políticos, que dependen de factores variables en el tiempo. Dice Cappelletti que la

audacia o el *restraint* del Tribunal Constitucional (o de otros tribunales) derivará, en cada caso, de razones prácticas de posibilidad, de efectividad, de reacciones posibles, por parte de los otros poderes públicos o de centros más o menos oficiales de poder. De la reacción, en fin, de la opinión pública y de los *mass media*.

Derivada de esta actuación del juez constitucional en esa dimensión práctica, en un caso y tiempo determinado, es como aparece o no su legitimidad democrática y no como se suele confundir al identificar a esta última con la representatividad política. La “investidura democrática” del juez constitucional no se encuentra, como ocurre con los órganos políti-

cos, en la representación de un electorado. Su verdadera legitimación democrática, en el pensamiento de Cappelletti, se dirige precisamente al campo de las garantías de la “justicia natural”. Y para ello requiere de una adecuada motivación de sus sentencias, de manera analítica y dotadas de sistematicidad y abierta al control crítico de la opinión pública de sus propias *rationes decidendi*. Ahí encuentra el juez constitucional su verdadera legitimación democrática.

Cappelletti denomina a esta problemática como “el formidable problema del control judicial”, título de un agudo trabajo que estudia la legitimidad democrática del juez constitucional. Este “formidable problema” lo enfoca de la siguiente manera:

la creación de derecho es una característica inevitable de todo tipo de jurisdicción y que esta característica alcanza su nivel más elevado cuando está implicado el control judicial de las leyes; que, por tanto, lo que convierte en juez a un juez y en tribunal a un tribunal no es la falta de creatividad sino más bien, por un lado, la relación de la jurisdicción con causas y controversias, es decir, con “partes”, y por otro, la actitud imparcial del juez, que no debe juzgar, *in re sua*, debe asegurar que las partes sean ecuánimemente escuchadas (*audi alteram partem*) y debe gozar de un grado de independencia de las presiones externas, especialmente de aquellas que llegan de los órganos “políticos”. Son éstos (y no la creatividad) los elementos, formulados de manera abstracta, que pueden proporcionar legitimidad a la creación de derecho a través de los tribunales y conservar el “carácter democrático” de esta actividad.

La función creativa del juez constitucional está íntimamente ligada a la creciente adopción de declaraciones de derechos a partir de la segunda guerra mundial y vinculada necesariamente a su legitimidad democrática. Así lo estudia Cappelletti en su ensayo sobre la “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”. Si bien se dio un debate entre Cappelletti y Lord Devlin, relativa a si los jueces deben o no crear derecho, lo cierto es que en la actualidad parecen irrefutables los argumentos del primero a favor de la legitimidad creadora de los jueces (y especialmente de los jueces constitucionales), debido a la rica interpretación de las normas fundamentales por parte de los tribunales constitucionales de nuestro tiempo. Como el propio Cappelletti sostiene citando al juez Koopmnas: “La democracia y los derechos humanos aparecen, empíricamente hablando, estrechamente vinculados; por consiguiente, proteger a uno de los dos a

costa del otro puede ser contraproducente. Si queremos conservar la democracia, los tribunales deberán asumir su parte en la tarea".¹⁶

C) *La justicia constitucional supranacional*. Una de las más importantes contribuciones de Cappelletti al estudio científico de lo que hoy se conoce como derecho procesal constitucional, es su clasificación para efectos de estudio en tres sectores: "jurisdicción constitucional de la libertad", "jurisdicción constitucional orgánica" y "jurisdicción constitucional transnacional". Sectores estudiados y desarrollados ampliamente por Héctor Fix-Zamudio y que nosotros hemos agregado un cuarto sector que denominamos "derecho procesal constitucional local".

La justicia constitucional supranacional, a que se refiere el profesor italiano, constituye una manifestación de la jurisdicción de la libertad en su dimensión transnacional, en la que se establece una jurisdicción internacional para conocer de "aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre". Desde entonces el profesor de la Universidad de Florencia ya presagiaba para el Continente Americano la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Especialmente estudió con amplitud las jurisdicciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de Luxemburgo, así como sus relaciones con el ámbito interno de los Estados. Omitimos ahora el análisis que sobre el particular emprende Cappelletti, debido a que será materia de la reseña que haremos de su segundo libro, que abordamos a continuación.

IV. El segundo libro sobre la *Dimensión de la justicia en el mundo contemporáneo. (Cuatro estudios de derecho comparado)*, tiene su origen en los cursos de invierno de la Facultad de Derecho de la UNAM, celebrados la última semana de noviembre de 1990, como lo asienta Héctor Fix-Zamudio en el prólogo de la obra. Las intervenciones de Mauro Cappelletti, producto de los cuatro seminarios, fueron recopilados y publicados en 1993, con la traducción de Héctor Fix-Fierro y que ahora

¹⁶ Se refiere a la cita de Koopmans, T., "Legislatura and judiciary. Present trenes", en la obra dirigida por Cappelletti: *Nuevas perspectivas de un derecho común europeo*, Leyde-Bruselas-Stuttgart-Florencia, Sijthoff-Bruylants-Klett-Cotta-Le Monnier, 1978, pp. 313 y ss., en p. 337.

aparece en la edición de 2007 que estamos reseñando. A continuación nos referiremos a la importancia de estos cuatro ensayos.

A) *Derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica)*. La obra de Cappelletti está sellada con la utilización del método histórico comparativo. Así se advierte desde sus primeras publicaciones y a lo largo de toda su obra escrita. En general, la importancia creciente del derecho comparado en los estudios jurídicos según el profesor italiano, se debe a cuatro razones fundamentales: a) al aumento extraordinario de los intercambios económicos, culturales y personales entre las naciones y el consiguiente incremento de las relaciones jurídicas a nivel transnacional; b) la naturaleza transnacional de fenómenos relevantes, como la contaminación, relaciones en empresas transnacionales, asentamientos urbanos, comunicaciones, etcétera; c) la afirmación de ciertos valores, especialmente los derechos humanos, lo que abre una dimensión transnacional e internacional del fenómeno; y d) la creación de organizaciones políticas y económicas multinacionales, como la Comunidad Europea, etcétera.

El derecho comparado lo consideró esencialmente como un método y no propiamente como un derecho a comparar. Propuso seis etapas o momentos en el análisis comparativo, a saber: 1) el *tertum comparationis*, la ubicación de la necesidad o problema social real que comparar; 2) las soluciones jurídicas que los países han aportado para resolver el conflicto; 3) las razones explicativas (históricas, sociológicas, éticas, etcétera) de las analogías y especialmente las diferencias de las soluciones adoptadas a un mismo problema; 4) advertir las tendencias evolutivas, que pueden ser convergentes o divergentes; 5) la valoración de las soluciones adoptadas en cuanto a la eficacia o ineficacia para resolver la problemática inicial; y 6) la predicción de desarrollos futuros, de tal suerte que el comparatista se convierte en un “profeta científico”, en la medida que puede evidenciar tendencias evolutivas a la luz de su valoración de los datos empíricos concernientes a su eficacia en la solución de los problemas.

A esta propuesta metodológica del análisis comparativo, añadía Cappelletti sus principales finalidades, partiendo de la base que “teoría” y “práctica” van de la mano, de tal suerte que estimó impropia cualquier teoría que no se basara en datos y fenómenos reales y del mismo modo pésima la práctica que careciera de un soporte teórico. Con esta idea general, señaló las finalidades prácticas y teóricas del análisis comparativo.

Las primeras como instrumentos útiles y necesarios en la práctica jurídica internacional, y para la elaboración de proyectos de reforma jurídica. En el plano teórico, como instrumento de conocimiento puro, en la medida en que todo conocimiento es comparación, y especialmente cuando se utiliza para el diseño de ideas, filosofías político-sociales, ideologías, como la idea de democracia, división de poderes, etcétera, a manera de un “laboratorio teórico” de un fundamento empírico concreto.

B) *La justicia constitucional y supranacional.* Partiendo de las premisas metodológicas expuestas en su anterior trabajo, el profesor italiano emprende el análisis comparativo de la justicia constitucional a nivel transnacional. El *tertium comparationis*, es decir, el problema o necesidad que comparten las sociedades modernas, que estima bajo dos aspectos esenciales: i) como la necesidad sentida de poner límite y control al poder político. Un control que se hace necesario a fin de prevenir la inevitable corrupción derivada de un uso incontrolado y arbitrario del poder; y ii) la necesidad de tutelar algunos *minimun standards* y derechos fundamentales, esto es, la protección de la libertad de los individuos y de los grupos minoritarios.

Identificados los problemas o necesidades sociales, advierte de las soluciones que los diversos ordenamientos jurídicos han adoptado, básicamente en dos vertientes. La solución “política”, que para Cappelletti resultó ser inadecuada y que consiste en atribuir a los órganos políticos la tarea de controlar la conformidad de las leyes con el precepto constitucional. Solución adoptada en Francia, en sus Constituciones de 1799, de 1852 y de 1946 (control del Senado hasta el Consejo Constitucional); y en los países de “socialismo real” de Europa oriental, en donde el poder de control se confió a los propios órganos de la jerarquía política, teniendo en el vértice al *Soviet Supremo* o la “Asamblea Popular”. En cambio, la “solución jurisdiccional” que tiene antecedentes históricos desde la antigüedad (como lo estudió Cappelletti en su primer libro ya reseñado), a través de la *judicial review* o del control judicial de la constitucionalidad de las leyes (sistema estadounidense), así como el control concentrado (sistema europeo), se han expandido a nivel mundial, advirtiendo la convergencia de los dos modelos.

Esta expansión también se efectuó a nivel supranacional. El control judicial de las leyes ha dado lugar a la “constitucionalización” de los tratados comunitarios. Ello debido a la actuación del Tribunal de Justicia de

la Comunidad (la Corte de Luxemburgo) que tuvo su origen en las sentencias *Van Gend en loos* de 1963 y *Costa vs. ENEL* de 1964. Su jurisprudencia tiene efectos directos en los Estados-Miembros, convirtiéndose automáticamente en *the law of the land* y tiene el estatus de *lex superior*, prevaleciendo sobre el derecho nacional. De esta manera se tiene una especie de derecho constitucional comunitario, no escrito en los tratados y no necesariamente idéntico al derecho constitucional de todos los Estados miembros o de alguno de ellos. Por otra parte, también la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, conoce de una especie de “recurso de amparo” individual (*Verfassungsbefreiung*) a nivel supranacional, teniendo como ámbito de aplicación un *Bill of Rights* transnacional.

Siguiendo con su propuesta metodológica, estudia las diferencias y convergencias en los dos sistemas de justicia constitucional. Sobre su proyección transnacional resalta la convergencia cada vez más intensa de los modelos tradicionales. El derecho comunitario europeo no ha sido monopolizado por el tribunal constitucional, sino que tienen una participación importante todos los jueces a través del instrumento de la *preliminary ruling*, mediante la cual existe la posibilidad de obtener el Tribunal de Justicia de la Comunidad una interpretación unificadora y vinculante *erga omnes*, como también sucede con las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Termina el jurista italiano señalando la valoración y previsión de desarrollos futuros. En ese sentido, expresa su escepticismo en relación con la limitación de la eficacia de las sentencias constitucionales sólo a las partes y expresamente considera que la “fórmula Otero” no debe prevalecer en el juicio de amparo mexicano, debido a que termina quitando gran parte de la eficacia de la justicia constitucional, haciendo “el derecho por demás variable, imprevisible y esto justamente al nivel de los valores más fundamentales”.

C) *La justicia social: acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista en nuestra época*. La obra de Cappelletti siempre estuvo acompañada de una profunda sensibilidad de dimensión social, que seguramente le heredó su maestro Calamandrei. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre *Processo e ideologie*,¹⁷ *Giustizia y società*,¹⁸

¹⁷ Bolonia, Il Mulino, 1969.

¹⁸ Milán, Comunità, 1972.

traducido con posterioridad al español por Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, ideologías y sociedad*;¹⁹ y especialmente su obra *Towards Equal Justice. A Comparative Study or Legal aid in Modern Societies (Texts and Materials)*.²⁰ Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinarios sobre *Access to Justice*²¹ (editados con Bryan Garth, John Weisner y Klaus-Friedrich Koch), publicados en cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuya introducción con Bryan Garth fue traducida a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*.²² Destaca también la coordinación de la obra (junto con Mónica Seccombe y John Weisner) *Access to Justice and the Welfare State*,²³ cuestiones visionarias que Cappelletti abordó de manera magistral.

La dimensión social del acceso a la justicia debe verse como un movimiento intelectual, de investigación y de proyección de reforma legislativa. Especialmente se refirió al acceso a la justicia contra la “pobreza económica” y “pobreza organizativa” de las partes, vinculados estrechamente a los derechos sociales. Ahí encontramos una de las contribuciones notables del jurista italiano, que pone la mira en la perspectiva del consumidor del derecho y de la justicia: al individuo, a los grupos, a la sociedad en conjunto, y así a las necesidades, los reclamos, las aspiraciones de los individuos, de los grupos y la sociedad, debiendo vencerse barreras económicas, culturales y sicológicas para lograr un verdadero acceso a la justicia.

Se refiere Cappelletti a los sistemas donde se concentra en las manos de los grandes productores privados, monopólicos y oligopólicos, o en los sistemas de concentración del poder en los órganos públicos, institucionalizando la fusión del poder político y el económico. Ante esta reali-

¹⁹ Buenos Aires, EJEA, 1974.

²⁰ Con la colaboración de James Fordley y Earl Johnson, Milán, Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Oceana, 1975.

²¹ Alphen aan den Rijn/Milano, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

²² Trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con una ligero cambio en el subtítulo: “El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos”.

²³ Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

dad, el significado político y filosófico del movimiento para el acceso a la justicia, enfatiza, consiste en “una búsqueda del equilibrio perdido, no sólo en el ‘mercado’ económico mediante una sabia política en materia de competencia y de defensa de los consumidores”, sino también en la arena de la vida política y, por tanto, jurídica. Lo anterior lo resume como “la búsqueda de una efectiva libertad de mercado, que debe consistir en el encuentro de opciones libres y voluntades libres y no en la imposición de una voluntad unilateral”. En esa lucha y movimiento intelectual, dice nuestro autor, se encuentra el objetivo último y la gran responsabilidad del jurista de nuestra época: en el de aproximar el derecho a la sociedad civil, que es el criterio fundamental de toda democracia real.

D) *El acceso a la justicia de los consumidores*. Con base en la anterior dimensión social de acceso a la justicia, Cappelletti en el último seminario se refiere a la necesaria metamorfosis del derecho procesal, para encontrar nuevas vías de solución destinadas a la protección de los consumidores.

Esta temática en realidad parte de la famosa conferencia que pronunció en París en 1975, dando inicio al movimiento intelectual a favor de la protección de los intereses o derechos difusos y colectivos. Este movimiento ha tenido un gran desarrollo no sólo en el derecho estadounidense a través de la *class action*, sino también mediante las reformas legislativas y avances jurisprudenciales en Europa y varios países latinoamericanos, especialmente en Argentina, Brasil y Colombia. Incluso, ha motivado la aparición de un *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en las XIX Jornadas celebradas en Caracas, Venezuela (2004).

La protección del consumidor es necesaria para restablecer el equilibrio del mercado económico. Si bien para Cappelletti no se trata de una “guerra civil de los consumidores”, sí representa la época de la “revolución de los consumidores”, una revolución en la que la filosofía y el objetivo último es el de hacer accesibles el derecho y la justicia al ciudadano, es decir, a los “usuarios” del derecho.

Esta temática cobra especialmente fuerza en México, si se tiene en consideración que en general se carecen de vías para la protección de los derechos humanos de la tercera generación. A nivel constitucional sólo se prevé el juicio de amparo en materia agraria a favor de los núcleos de

población ejidal o comunal (artículo 107, fracción II); y a nivel legislativo se han introducido en materia ambiental, de salud, de usuarios y de adultos mayores, “denuncias populares” que se presentan ante distintas instancias administrativas y en muy pocos casos la autoridad tiene atribuciones expresas para iniciar acciones jurisdiccionales. Algunas leyes regulan acciones colectivas o de grupo de manera expresa: la Ley Federal del Trabajo sobre conflictos colectivos económicos (artículo 903); los Códigos de Procedimientos Civiles de los estados de Morelos (1993, artículo 213), Coahuila (1999, artículo 285) y Puebla (2007, artículos 11-12); y la Ley Federal de Protección al Consumidor (artículo 26), que sólo legitima a la Procuraduría para ejercer acciones en representación de los consumidores y no a las asociaciones de consumidores ni a los individuos pertenecientes al grupo afectado. De ahí la importancia de las enseñanzas del profesor italiano para futuras reformas.

V. En conclusión, las dos obras que hoy se publican conjuntamente por la Editorial Porrúa y la Facultad de Derecho de la UNAM, a iniciativa de Héctor Fix-Zamudio y con el apoyo de Fernando Serrano Migallón, constituyen una joya invaluable. No sólo por concentrar en un libro el pensamiento de uno de los juristas más influyentes de nuestra época, sino particularmente porque sirven de punto de partida para el proceso de reforma legislativa que está inmerso nuestro país y en general los países latinoamericanos.

Ahí radica la grandeza de su obra. En una nueva concepción ideológica de la ciencia y particularmente de la ciencia procesal, bajo el entendimiento de que toda ciencia debe ser “ciencia útil” y sensible a las necesidades de la sociedad. Ciencia de problemas prácticos y no de sistematizaciones conceptuales abstractas. Ciencia de resultados concretos y no de deducciones apriorísticas. Ciencia de elecciones creativas responsables y no de conclusiones automáticas, como Cappelletti siempre pregonó. Su movimiento sobre el acceso a la justicia sigue vigente y sus reflexiones deben estar presentes en cualquier proyecto de reforma judicial.



Eduardo FERRER MAC-GREGOR